



CAEJM

Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO IV - NÚMERO 5 / AGOSTO 2015



Justicia que forja
disciplina



El Jurista del Fuero Militar Policial
Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR POLICIAL

General de Brigada EP (R) Juan Pablo Ramos Espinoza

DIRECTOR DE LA REVISTA Y DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Contralmirante CJ Julio Enrique Pacheco Gaige

DIRECTOR ACADÉMICO DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Capitán de Navío CJ Carlos Melchor Schiaffino Cherre

SUBDIRECTOR DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Teniente Coronel EP Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

Comité Editorial

Teniente Coronel EP Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo
Licenciado Floiro Tarazona Ramírez, Asesor de Prensa e Información
Técnico Supervisor Segundo AP Luis Urbina Huapaya

Diseño de portada y Fotografía

Licenciado Floiro Tarazona Ramírez

Diagramación

Socorro Gamboa García

Corrección de estilo

General PNP (R) Jorge López Zapata

Colaboraron en esta edición

Oficial de Mar 1° AP Regina García Espejo
Oficial de Mar 2° AP Wilson Alata Cacsire
Doctor José Castro Eguavil
Doctora Mirella Oré Quispe

© EL JURISTA
DEL FUERO MILITAR POLICIAL
*Revista Académica del Centro de Altos Estudios
de Justicia Militar*

Edición agosto 2015
Año 4 - Número 5
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2013-15773

Editado por:
FUERO MILITAR POLICIAL
Av. Arenales 321, Santa Beatriz, Lima Cercado
Teléfono: (511) 6144747
E-mail: caejmp@fmp.gob.pe

Impreso en IMAGIDEAS.COM
de Milagros Morales
Calle Pedro Murillo 1064, Pueblo Libre, Lima

Tiraje: 1000 ejemplares

La revista no se solidariza necesariamente con las expresiones emitidas por los autores. Los artículos firmados no reflejan necesariamente el punto de vista del Fuego Militar Policial.

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	
<i>Juan Pablo Ramos Espinoza</i> _____	9
PALABRAS DEL DIRECTOR	
<i>Julio Enrique Pacheco Gaige</i> _____	11
 Artículos 	
ALCANCE DE LA REPARACIÓN CIVIL DERIVADA DEL DELITO DE DESERCIÓN	
<i>Arturo Antonio Giles Ferrer / Jorge Félix Ampuero Begazo</i> _____	19
EL INTERROGATORIO JUDICIAL DEL ACUSADO Y EL DERECHO A LA AMPLIA DEFENSA: Aplicabilidad de la Ley N° 11.719/2008 en el ámbito de la Justicia Militar Estadual Brasileira	
<i>Roberta Minella da Silva / João Mário Martins</i> _____	27
EL DOMINIO DE ORGANIZACIÓN COMO FORMA INDEPENDIENTE DE AUTORÍA MEDIATA	
<i>Gonzalo Boluarte Pinto</i> _____	35
LOS DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL CENTINELA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-MILITAR ESPAÑOL	
<i>Antonio Millán Garrido</i> _____	43
LA CONDENA DEL ABSUELTO Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL	
<i>Víctor Jimmy Arbulú Martínez</i> _____	71

DREYFUS: EL MAYOR ERROR JUDICIAL DE LA HISTORIA	
<i>Getúlio Corrêa</i> _____	79

LA JUSTICIA MILITAR BAJO LA LUPA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Aproximación comparada	
<i>Arturo Antonio Giles Ferrer</i> _____	95

¿CUÁL ES EL IMPACTO, EN LA ACTIVIDAD CASTRENSE Y EN LA JUSTICIA MILITAR, DEL FALLO DE LA CORTE IDH EN EL CASO CRUZ SÁNCHEZ VS. PERÚ (OPERACIÓN “CHAVÍN DE HUÁNTAR”)?	
<i>Luciano López Flores</i> _____	113

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE FUNCIÓN MILITAR POLICIAL EN EL PERÚ	
<i>Juan Carlos Monroy Meza</i> _____	129

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA	
<i>Erickson Aldo Costa Carhuavilca</i> _____	141

HISTORIA DE UN PERIPLO El Fuero Militar Policial asentó finalmente sus reales en Santa Beatriz	
<i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	149

Miscelánea

CRÍMENES CONTRA EL LENGUAJE	
<i>Jorge López Zapata</i> _____	165

PRESENTACIÓN DEL LIBRO “RETÓRICA FORENSE”, EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ _____	169
---	-----

Comentarios en la presentación a cargo de:	
<i>Dr. César E. Fernández Arce</i> _____	171
<i>Dr. José Gálvez Montero</i> _____	179

PUBLICACIONES DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR _____	185
--	-----

PRESENTACIÓN

Las exigencias de la actualidad, la tecnología, los cambios sociales e incluso el mercado laboral ejercen una agresiva influencia en el ámbito militar, atravesando, en algunos casos, el blindaje institucional que caracteriza a las organizaciones castrenses, lo cual expone a los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional a situaciones que pueden afectar su comportamiento profesional o motivarlos a tomar decisiones que muchas veces pueden colisionar con el régimen que los norma y regula.

En el contexto de sus nuevos retos y reformas de distinta escala, los organismos de justicia militar del continente americano tienen la permanente preocupación de investigar, evaluar y exponer el análisis, la crítica y las propuestas que surgen como producto de la experiencia en la aplicación de cambios normativos o ante la necesidad inminente de renovar y adecuar las leyes a la modernidad y a las necesidades estratégicas de cada país.

En esta realidad, dinamizada y alterada por factores internos y externos, en un mundo interdependiente y global, la justicia castrense viene incorporando normas y aplicándolas a efectos de brindar las mayores garantías posibles a las partes. Como ejemplo, otorgando énfasis particular al derecho de defensa, que es una de las cuestiones centrales para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, del cual el Perú es signatario. La nueva justicia militar conserva la

esencia de su código, pero adopta cambios sustanciales en el modelo procesal para adecuarse al estándar actual.

Avizorando dicha realidad y la necesidad de desarrollar una respuesta permanente a los cambios, así como a las necesidades de formación y capacitación de su cuerpo jurídico, el Fuero Militar Policial, ha fortalecido su brazo académico, que es el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, a través del cual promueve la generación de ideas, estudios y publicaciones como la presente, que reúne un conjunto de artículos de análisis jurídico, actualidad e historia sobre una variedad de temas que atañen a la justicia militar o son de interés general para la lectoría especializada, que, dada la continuidad de nuestro empeño editorial, consideramos, estamos comenzando a cultivar.

Como ya es pauta y estilo en el Jurista Militar Policial, contamos en la presente edición, junto a los artículos de reconocidos magistrados, profesores y analistas militares y civiles del Perú, con valiosas colaboraciones internacionales, que aportan con su tema particular a la visión global que, en estos nuevos tiempos, se debe tener en torno a la justicia militar, como un tema de trascendental importancia, tanto en el ámbito de la administración de justicia, como en el ámbito de la seguridad y la defensa nacional.

Con dicho espíritu, los invitamos a la lectura del presente número, siendo nuestro deseo y aspiración constante el impulsar un mayor conocimiento sobre el rol de la justicia militar policial y contribuir a revitalizar el estudio del derecho militar en la sociedad.

Juan Pablo Ramos Espinoza
Gral. Brig. EP (R)
Presidente del Fuero Militar Policial

PALABRAS DEL DIRECTOR

Ponemos hoy en manos de nuestros lectores, el quinto número de nuestra revista: *“El Jurista del Fuero Militar Policial”*, esperando tenga la misma acogida que los números anteriores. Los artículos que contiene la revista inciden en temas de Derecho penal común, Derecho penal militar y Derecho procesal penal; no obstante, hay también otros relacionados con las decisiones de Cortes Internacionales sobre Derechos Humanos. Agradecemos a nuestros colaboradores, nacionales y extranjeros, su desinteresado apoyo.

Queremos aprovechar también esta ocasión, para informarles del trabajo que venimos haciendo en el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar (CAEJM), siguiendo las directrices del Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial (FMP), que preside el General de Brigada Juan Pablo Ramos Espinoza.

El primer aspecto de nuestro trabajo, en lo que va del año, ha sido seguir elevando la capacitación académica de los magistrados del Fuero Militar Policial; en consecuencia, se ha dictado con éxito el IX Curso de primer nivel para Magistrados Militares Policiales, con una duración de doscientas diez horas académicas; se vienen solventado los gastos de tres maestrías, dos doctorados y varios diplomados para nuestro personal; se han realizado varias conferencias sobre temas de Derecho, con el concurso de expositores nacionales y extranjeros;

y, en general, diversos cursos para mejorar la capacidad laboral del personal de apoyo a la labor jurisdiccional y fiscal en la jurisdicción militar policial.

En segundo término, se viene llevando adelante un trabajo serio de descentralización académica, con cuyo fin se han creado las Oficinas de Enlace Académico (ODEAC) en los Tribunales Superiores Militares Policiales de Chiclayo, Arequipa, Cusco e Iquitos. Nuestro objetivo es que las ODEAC, más allá de facilitar la labor académica en el ámbito de su responsabilidad, sirvan también de vehículo para establecer lazos académicos con Dependencias del Poder Judicial y del Ministerio Público, con Universidades y Colegios de Abogados de su jurisdicción. De hecho, actividades de ese género se han llevado ya a cabo en Iquitos y Chiclayo.

El tercer lineamiento de nuestra labor es sostener relaciones duraderas con entidades públicas y privadas, especialmente en el ámbito universitario, con el fin de hacer conocer la organización, misión, funciones y legislación de la jurisdicción militar policial. De igual manera, tomar conocimiento de la labor y experiencia de esas entidades, para adecuarlas a nuestro trabajo. En este ámbito de nuestro quehacer, el 11 de junio del año en curso, el Fuero Militar Policial y la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), organizaron la conferencia: “La Jurisdicción Militar Policial de hoy”.

Participaron en el citado evento alumnos de la PUCP e integrantes del FMP, ocupando la mesa de honor el General de Brigada Juan Pablo Ramos Espinoza, Presidente del Fuero Militar Policial y el Dr. Alfredo Villavicencio Ríos, Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP, quién al dar la bienvenida, señaló que la Universidad Católica recibía a los integrantes del FMP de manera fraterna, dejaba abierta la posibilidad de mantener un contacto académico más continuo y esperaba que ver a los miembros de la Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional visitar las aulas universitarias sea lo natural.

En este mismo encuentro académico, siguiendo nuestra política de publicar obras de valor jurídico e histórico, se presentó la reimpresión del libro “*Retórica Forense*”, del reconocido jurista, maestro universitario y primer Fiscal General del Fuero Militar Policial, Don Miguel Antonio de la Lama. La presentación del libro corrió a cargo de los Doctores José Gálvez Montero y César Fernández Arce, destacados profesores

de la Facultad de Derecho de la PUCP, cuyas disertaciones se publican en esta revista.

Nuestro compromiso de seguir trabajando con ahínco por el éxito del Fuero Militar Policial se mantiene siempre firme.

Julio Enrique Pacheco Gaige
Contralmirante CJ
Director del Centro de Altos
Estudios de Justicia Militar

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

ALCANCE DE LA REPARACIÓN CIVIL DERIVADA DEL DELITO DE DESERCIÓN

Mayor General FAP Arturo Antonio Giles Ferrer¹

Coronel FAP Jorge Félix Ampuero Begazo²

RESUMEN

Ante el incremento de los montos de las reparaciones civiles que reclaman las Procuradurías Públicas de las Fuerzas Armadas en los juicios seguidos en el Fuero Militar Policial por delitos de deserción, se hace necesario delimitar su alcance teniendo en consideración la jurisprudencia que sobre el particular ha expedido la Corte Suprema de la República.

Palabras clave

Reparación civil en el delito de deserción, alcance, Ejecutoria Suprema N° 1328-2005-Cajamarca, Ejecutoria Suprema N° 948-2005-Junín (precedente vinculante).

1. REPARACIÓN CIVIL EN EL DELITO DE DESERCIÓN

Conforme al artículo 51° del Código Penal Militar Policial (CPMP), la reparación civil se establece en la sentencia, conjuntamente con la pena, comprendiendo esta obligación, la restitución del bien o, si no es posible,

¹ Vocal Supremo del Fuero Militar Policial, doctor en Derecho, magíster en Derecho Penal.

² Presidente del Tribunal Superior Militar Policial del Centro, magíster en Derecho Penal Militar.

el pago de su valor y la indemnización por los daños y perjuicios. El artículo 55° del mismo cuerpo legal, dispone que la acción civil derivada de la conducta punible no se extingue mientras subsista la acción penal en la jurisdicción militar policial y que la reparación civil se rige, además, por las disposiciones del Código Civil.

Tales disposiciones son aplicables a los procesos por delitos de desertión seguidos contra el personal militar de oficiales, los cuales han experimentado en el año 2013, la particularidad de que los montos reclamados por los procuradores públicos de las Fuerzas Armadas, se han incrementado de manera exorbitante, llegando, incluso, a bordear, en algunos casos, el medio millón de nuevos soles, mientras que en años anteriores sólo promediaban los veinte mil nuevos soles, siendo la explicación el incluir en la reparación civil los gastos de capacitación, educación e instrucción que el Estado ha invertido en estos oficiales, confundándose, así, estos gastos con la reparación civil derivada del delito de desertión.

Esta nueva estrategia, al parecer, obedece a la necesidad de desalentar a los oficiales de armas, principalmente de comando y combate, de incurrir en desertión ante propuestas de mejoras laborales y económicas que se ofrecen en el mercado nacional o internacional, cuyas empresas privadas ven mano de obra calificada, cuyo costo de capacitación no les demanda gasto alguno, por cuanto han sido solventados por las Fuerzas Armadas.

Es por ello que las procuradurías públicas de las Fuerzas Armadas han incluido en la reparación civil que pretenden ante el Fuero Militar Policial, los gastos de

capacitación, educación e instrucción que el Estado ha invertido en estos oficiales que incurrir en desertión para irse a laborar a empresas particulares, por lo que se ha presentado la cuestión sobre si tales gastos pertenecen a la naturaleza de la reparación civil derivada del delito de desertión.

Consideramos que la respuesta a esta cuestión la encontramos en las normas del CPMP que regulan la reparación civil y en la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de la República que delimita el alcance de la reparación civil derivada del delito.

2. EJECUTORIA SUPREMA N° 1328-2005-CAJAMARCA

En el delito de desertión el bien jurídico afectado o puesto en peligro es el servicio de seguridad, que es un bien extra patrimonial respecto al cual es aplicable sólo el inciso 2 del artículo 51° del CPMP, por cuanto no es posible la restitución del bien o el pago de su valor, sino la indemnización por los daños y perjuicios, la misma que debe regirse por las disposiciones del Código Civil, conforme al mandato expreso del artículo 55° del CPMP.

Pero ¿Cuáles son las disposiciones del Código Civil para aplicar la indemnización por los daños y perjuicios de la reparación civil? ¿Lo son las correspondientes a la inejecución de obligaciones o las que regulan la responsabilidad extracontractual?

Las respuestas a esos primeros cuestionamientos las da la Ejecutoria Suprema N° 1328-2005-Cajamarca³, de fecha 10 de junio de 2005, recaída en el recurso de nulidad interpuesto por la parte civil contra

3 Gaceta Penal, página web: <www.gacetapenal.com.pe>.

la sentencia que condenó por delito de terrorismo a una persona que participó en el atentado dinamitero que ocasionó la destrucción de la Antena de Microondas de la entonces empresa estatal Entel Perú y fijó la reparación civil en tres mil nuevos soles.

No estando de acuerdo la parte civil con esa reparación civil, interpuso recurso de nulidad contra la sentencia que la fijó por considerarla irrisoria, sosteniendo que debe fijarse en atención a las condiciones personales del sentenciado, al daño ocasionado al Estado peruano y al patrimonio público y privado, siendo acogida tal pretensión por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, integrada por los Vocales Sivina Hurtado, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez, fijando en treinta mil nuevos soles la nueva reparación civil; siendo los fundamentos principales los contenidos en el considerando tercero, que a la letra expresó lo siguiente:

“(…) Tercero: Que la reparación civil debe establecerse en función al daño causado, debiendo considerarse tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales, con arreglo a la normatividad civil sustantiva que regula la responsabilidad extracontractual, de aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto por el artículo ciento uno del Código Penal, que en el caso de autos los hechos atribuibles al citado acusado estriban en que formó parte del movimiento terrorista Sendero Luminoso, y en esa condición participó en el atentado dinamitero que ocasionó la destrucción de la Antena de Microondas de la entonces empresa estatal Entel Perú, instalada en el cerro Llucán; que como consecuencia de dicha conducta se produjo la pérdida completa de las baterías y equipos, así como también el derribamiento y

la destrucción total de la torre, lo que ocasionó ingentes daños patrimoniales que debieron ser asumidos por el Estado, que, siendo ello así, se justifica la elevación del monto de la reparación civil, la misma que debe fijarse atendiendo a la magnitud del perjuicio ocasionado por el acusado (...).”

Entonces, queda aclarado que para la Corte Suprema las disposiciones del Código Civil a aplicar a la indemnización por los daños y perjuicios de la reparación civil, son las correspondientes a la responsabilidad extracontractual, con las que se establecerán los daños patrimoniales o extrapatrimoniales causados por el delito, que en el caso del de deserción, sólo se establecerán en función al daño extrapatrimonial causado, por tener esta naturaleza el bien jurídico afectado que es el servicio de seguridad.

3. EJECUTORIA SUPREMA R.N. N° 948-2005-JUNÍN

Esta ejecutoria, fechada el 07 de junio de 2005, trata de un precedente vinculante, en donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema fija su doctrina jurisprudencial respecto a la naturaleza y alcance de la reparación civil derivada del delito. Con esta sentencia se resolvió el recurso de nulidad interpuesto por Juan Román Marcelino Arge Chanco, quien había sido condenado por la instancia superior como autor del delito de peculado a un año de pena privativa de libertad, a un año de inhabilitación como pena accesoria y a pagar una reparación civil ascendente a mil nuevos soles, siendo una de las alegaciones del recurrente, el no haberse observado sus bajos ingresos económicos para fijar la reparación civil. La Corte Suprema confirmó la sentencia condenatoria en cuanto a la pena privativa de libertad y el monto

indemnizatorio, reformándola en cuanto a la pena de inhabilitación, la cual pasó de accesoria a principal.

El considerando de la referida sentencia que se instituyó como precedente vinculante y que guarda relación con la reparación civil, es el considerando tercero, que textualmente dice lo siguiente:

“(…) Que está fuera de toda discusión la culpabilidad del encausado en la comisión del hecho punible; que la impugnación se circunscribe al extremo de la determinación judicial de la pena de inhabilitación impuesta y al monto de la reparación civil; que la confesión sincera del citado encausado no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil –que no es una pena–, en tanto que está reservada de ser el caso para rebajar la pena del confeso a límites inferiores del mínimo legal; que la naturaleza de la acción civil *ex delicto* es distinta, pues tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y, consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan; que de autos se advierte que el encausado Arge Chanco se apoderó de mil novecientos dólares destinados a la compra de computadores para un centro educativo, lo que generó perjuicio tanto a la propia institución académica cuanto a los educandos, que, siendo así, el monto fijado por el Tribunal sentenciador por concepto de reparación civil se encuentra arreglado a ley (...)”⁴.

Tal considerando presenta diversas afirmaciones sobre la naturaleza y el alcance de la reparación civil derivada del delito, resultando útiles para establecerla, que debe desprenderse de un delito de desertión, las siguientes: la finalidad de la reparación civil es “reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima”, el alcance de la reparación civil derivada del delito, la delimitación por el objeto, la delimitación por el hecho generador del daño y que debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan.

Sobre la afirmación del precedente vinculante consistente en que “la reparación civil tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima”, García Caveró distingue dos cuestiones, como son las referentes a la finalidad reparatoria de la reparación civil derivada del delito y al alcance de esa finalidad reparatoria vinculando la reparación civil con el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima⁵. Sobre la segunda cuestión, el mismo tratadista hace algunas precisiones importantes de destacar y deduce del precedente vinculante los criterios que delimitan el ámbito de aplicación de la reparación civil en el proceso penal, dentro de los que destacan para fines de nuestro trabajo: la delimitación por el objeto y por el hecho generador del daño.

Así, la primera delimitación que hace el precedente vinculante sobre el alcance de la reparación civil del delito, está referida a su objeto, que comprende los daños o efectos derivados del delito. Sobre

4 Poder Judicial, página web: <www.pj.gob.pe>.

5 GARCÍA CAVERO, Percy. “La Naturaleza y Alcance de la Reparación Civil: A propósito del precedente vinculante establecido en la Ejecutoria Suprema R. N. 948-2005-Junín”, artículo extraído el 25 de noviembre de 2013 de la página web: <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/12/5_1-Garcia-Cavero.pdf>.

los daños, cabe citar a Espinoza Espinoza quien nos dice que la doctrina es unánime al clasificar el daño en dos rubros: el daño patrimonial, que consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica a reparar y que comprende el daño emergente y el lucro cesante; y el daño extrapatrimonial, entendido como aquel que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial y que comprende el daño a la persona y el daño moral⁶. Entonces, el daño que sirve de referencia a la reparación civil no se limita a los menoscabos de carácter patrimonial, sino que incluye aquellas afectaciones que tienen también una naturaleza no patrimonial. En lo concerniente al efecto que el delito ha tenido sobre la víctima, García Caveró lo equipara con el “llamado daño a la persona” y junto a Fernández Sessarego lo define como aquel que “incluye todas aquellas múltiples situaciones a las que el sujeto, por sufrir una lesión en su integridad sicosomática, está normalmente sometido y que producen consecuencias no patrimoniales sobre la persona considerada en sí misma”⁷.

La delimitación por el hecho generador del daño o efecto indemnizable, también se desprende del precedente vinculante y se refiere al daño o efecto *derivado del delito*. Conforme al tenor del precedente vinculante, debe tratarse de daños que se desprenden directamente del delito, lo que trae como consecuencia dos exclusiones, como son: los daños o efectos derivados del delito que no son consecuencia directa del mismo; y los casos en que tiene lugar

la mutación del título. A continuación una breve explicación de estas dos exclusiones.

En primer lugar, se excluye de la reparación civil los daños o efectos derivados del delito que no son consecuencia directa del mismo, debido a que la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia bajo análisis, al seguir el criterio de la vinculación directa del daño con el delito, ha asumido la teoría de la causa próxima para la responsabilidad civil derivada del delito, produciéndose así una restricción respecto de las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual, consistente en que si los daños que afectan a una víctima de un determinado delito, son consecuencia de otra causa, entonces estos daños no se adecúan a la reparación civil derivada del delito. Esta situación no impide, sin embargo, que pueda acudir al juez civil a afectos de solicitarse la indemnización correspondiente, de ser ésta procedente (causa adecuada). Pero lo que queda claro es que la reparación civil *ex delicto* se limita a los daños directamente vinculados a la realización del mismo.

La segunda consecuencia que produciría la delimitación de la reparación civil *ex delicto* a los daños producidos por él, sería dejar al margen los casos en los que tiene lugar la llamada *mutación del título*, consistente en que una obligación contractual o legal preexistente a la realización del hecho delictivo, se incluye dentro de la reparación civil, por considerarse un *nuevo y único título* para hacer efectiva la deuda que ha provocado tal hecho, determinando que, según Jesús María Silva Sánchez, “lo que

6 ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2013). *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Editorial Rodhas SAC, 7ma. Edición, Lima, abril, pág. 253.

7 GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., pág. 96.

era una obligación *ex lege* se convierta en una obligación *ex damno*⁸. Así, en el criterio establecido por el precedente vinculante bajo comentario, no podrá aceptarse que la reparación civil “derivada” del delito comprenda el cumplimiento de obligaciones legales o contractuales anteriores a la realización del delito, aun cuando puedan resultar más beneficiosos para la víctima.

De estos criterios del precedente vinculante que delimitan el ámbito de aplicación de la reparación civil en el proceso penal, se infiere que en el delito de desertión en que la víctima (el Estado) afectada por los gastos realizados con anterioridad a la comisión del delito, con ocasión de la instrucción, capacitación y preparación que le ha dado al desertor, este daño no podrá incorporarse en la vía penal, como parte indemnizable de la reparación civil derivada del delito, a pesar de su vinculación causal, sino en la vía civil.

Por último, resulta importante tomar en cuenta la afirmación del precedente vinculante, consistente en que “la reparación civil derivada del delito debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan”. Con esta afirmación, el Supremo Tribunal establece cuál es el criterio central para la determinación del monto de la reparación civil. Entiende que es el bien jurídico afectado el que determina el monto de la reparación civil, lo que significa utilizar un criterio abstracto referido a la importancia del bien jurídico, de manera tal que siempre un delito contra la vida debe tener una indemnización mayor que un delito contra la integridad física, y éste,

a su vez, mayor que la de un delito contra el patrimonio. Así, una lesión culposa leve tendría que llevar a una indemnización mayor que una defraudación patrimonial millonaria.

4. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El CPMP regula la reparación civil derivada del delito en los artículos 51° al 57°, resultando trascendente para desarrollar doctrina sobre la reparación civil en los delitos de desertión, el artículo 55°, que expresamente establece que la acción civil se deriva de la conducta punible y que la reparación civil se rige, además, por las disposiciones del Código Civil.

SEGUNDA.- El problema principal sobre la aplicación de la reparación civil en los procesos por delitos de desertión, radica en la legitimidad sobre la inclusión de los gastos efectuados por las instituciones armadas en la capacitación, instrucción y perfeccionamiento del personal militar de oficiales, gastos que han experimentado en el año 2013 un incremento exorbitante, llegando incluso a bordear, en algunos casos, el medio millón de nuevos soles, cuando en años anteriores sólo promediaban los veinte mil.

TERCERA.- Tal legitimidad no es posible establecerla únicamente con la sola aplicación del artículo 51° del CPMP, ni las reglas supletorias del Código Penal y del Código Civil, sino, que además, es necesario acudir a los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia en sus

8 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001). ¿“Ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal, Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, <www.indret.com>, julio de 2001, pág. 9.

Ejecutorias N° 1328-2005-Cajamarca y N° 948-2005-Junín.

CUARTA.- Con la Ejecutoria Suprema N° 1328-2005-Cajamarca se define que las disposiciones del Código Civil a aplicar a la indemnización por los daños y perjuicios de la reparación civil, son las correspondientes a la responsabilidad extracontractual, con las que se establecerán el daño extrapatrimonial causado por el delito de deserción.

QUINTA.- De acuerdo a la Ejecutoria Suprema N° 948-2005-Junín se infiere que se excluye de la parte indemnizable de la reparación civil en el proceso penal seguido por delito de deserción, el daño consistente en los gastos realizados por las instituciones armadas con anterioridad a la comisión del delito, con ocasión de la instrucción, capacitación y preparación que se ha dado al personal militar desertor, daño cuya indemnización debe ser exigida en la vía civil.

5. RECOMENDACIONES

PRIMERA.- Que el Tribunal Supremo Militar Policial ejerza la facultad que le otorga el artículo 8° de la Ley N° 29182 “Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial”⁹, de reunirse en pleno y analice los alcances doctrinarios desarrollados en este trabajo, sobre la delimitación y alcance de la reparación civil derivada del delito de función, teniendo en cuenta los criterios de la Corte Suprema de Justicia, recaídos en sus Ejecutorias Supremas N° 1328-2005-Cajamarca y N° 948-2005-Junín y resumidos en las conclusiones cuarta y quinta del presente estudio.

SEGUNDA.- Que en caso de que el Pleno del Tribunal Supremo Militar Policial acoja las propuestas de este estudio en un acuerdo de doctrina jurisprudencial, imparta instrucciones a los jueces y fiscales del Fuero Militar Policial para que, en sus decisiones y recomendaciones, asuman los criterios aludidos anteriormente.

BIBLIOGRAFÍA

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2013). *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Editorial Rodhas SAC, 7ma. Edición, Lima, abril.

GACETA PENAL, página web: <www.gacetapenal.com.pe>.

GARCÍA CAVERO, Percy. “La Naturaleza y Alcance de la Reparación Civil: A propósito del precedente vinculante establecido en la Ejecutoria Suprema R. N. 948-2005-Junín”, artículo extraído el 25 de noviembre de 2013 de la página web <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/12/5_1-Garcia-Cavero.pdf>.

PODER JUDICIAL, página web: <www.pj.gob.pe>.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001). ¿“Ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal, Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, <www.indret.com>, julio de 2001.

9 Sobre la aplicación de este artículo ver el interesante estudio de LEON GRANDA, Judith Victoria, “La incorporación del precedente vinculante en la justicia militar policial” en *EL Jurista del Fuero Militar Policial*, Año III, N° 4, Diciembre de 2014, Lima, IMAGIDEAS.COM, pág. 25 a 42.

EL INTERROGATORIO JUDICIAL DEL ACUSADO Y EL DERECHO A LA AMPLIA DEFENSA: Aplicabilidad de la Ley N° 11.719/2008 en el ámbito de la Justicia Militar Estadual Brasileira¹

Roberta Minella da Silva²

João Mário Martins³

INTRODUCCIÓN

La Constitución Federal Promulgada en 1988 impuso modificaciones significativas en el proceso penal. La primacía conferida a los derechos fundamentales trajo, sobre todo, la necesidad de adecuar diversas normas del derecho procesal penal a los postulados del sistema acusatorio. No obstante la vigencia del nuevo texto Constitucional, permanecieron en vigor el Código de Proceso Penal Común (CPP), publicado en 1941, así como el Código de Proceso Penal Militar (CPPM), publicado en 1969.

Debido a la angustiante necesidad de actualizar la legislación especial, en conformidad con la Ley Mayor, muchas modificaciones legislativas fueron hechas a lo largo de los años.

En este contexto, la Ley N° 11.719, promulgada el 20 de junio de 2008, al modificar el artículo 400 del Código de Proceso Penal Común, buscó atender ese objetivo, determinando que el interrogatorio del

1 Este artículo ha sido traducido del portugués por la Doctora Cirene Elisa Bravo Alvarado. Ha sido tomado, con autorización, de la revista “Direito Militar” que publica la Asociación de Magistrados de Justicia Militar Estaduales de Brasil (AMAJME), Año XVIII, N° 111, Febrero 2015, p. 9-13.

2 Bacharel em Direito; Especialista em Direito Público; Bacharelando em Ciências Policiais no Curso de Formação de Oficiais da PMSC; Aspirante-a-Oficial” da Polícia Militar de Santa Catarina.

3 Bacharel em Direito; Especialista em Segurança Pública, Mestre em Ciência Jurídica; Major da Polícia Militar de Santa Catarina; Professor de Direito Penal e Administrativo na Universidade Estácio de Sá de Santa Catarina.

acusado pasase a ser realizado al final de la instrucción probatoria.

Esa alteración en el orden del interrogatorio se mostró como una medida de gran relevancia, pues concedió una mayor eficacia a los derechos fundamentales de la amplia defensa y del contradictorio, además de obedecer fielmente los principios de la igualdad y de la dignidad de la persona humana. Mientras tanto, surgió en el universo jurídico la siguiente interrogante: ¿se aplica o no ese cambio a los procedimientos sometidos al proceso penal militar en el ámbito de la justicia militar estadual?

Frente a esta polémica, la presente investigación relata de forma sucinta y objetiva la discusión acerca de la Ley N° 11.719 al no haber sido atendida por la legislación castrense, en vista del precedente N° 15 del Superior Tribunal Militar (STM). A pesar que el CPPM posee una naturaleza jurídica peculiar y reglamentos propios, se entiende que este debe sufrir modificaciones con el objetivo de permitir que se aplique esa legislación en el medio militar, para que todos los involucrados en el litigio procesal puedan ser beneficiados, incluyendo al acusado militar.

Siendo así, este estudio se justifica por la necesidad de proporcionar al acusado militar la misma amplitud de defensa que el acusado posee en la justicia común. Se reviste como un aporte teórico para dar ayuda a otras investigaciones que buscan consolidar esa opinión, quedando la investigación caracterizada por su relevancia social y su contribución a la ciencia policial.

EL SISTEMA ACUSATORIO Y LOS PRINCIPIOS DE LA AMPLIA DEFENSA Y DEL CONTRADICTORIO

A pesar de ciertas divergencias doctrinarias, la figura constitucional dada al

sistema brasileiro demuestra, de forma inequívoca, que optó por el modelo acusatorio, dictando las normas que se deben alinear con tal postura y que recaen sobre la legislación procesal penal. Como bien señala Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 09): “Se puede calificar el proceso penal brasileiro como uno de naturaleza acusatoria, en relación a las funciones de investigación como a las funciones de acusación, y por último, con aquellas del juzgamiento”.

De este modo, la opción por ese modelo es evidente en el texto constitucional a través de la presencia de diversos dispositivos que, sobre un aspecto, demuestran el poder punitivo del Estado y, de otro lado, aseguran al individuo una protección contra las arbitrariedades y los abusos del poder.

A fin de garantizar los derechos fundamentales del ciudadano, el artículo 5°, inciso LIV y LVII, de la CRFB/88, (Constitución de la República Federativa de Brasil) respectivamente, establecen que nadie será privado de su libertad sin un debido proceso legal, y se presume la inocencia del individuo hasta que quede firme la sentencia penal condenatoria. Como consecuencia, la Constitución asegura, en el inciso LV, a los litigantes y acusados en general el contradictorio y la amplia defensa, con todos los medios y recursos esenciales a ella inherentes.

Realmente, el proceso penal es el instrumento utilizado por el Estado para perseguir penalmente y para aplicar una sanción a aquel que realiza un acto previsto y definido en la ley como delito. Según Capez (2003 citando a OLIVEIRA, M., 2012, p. 08) “es el conjunto de principios y normas que regula la estructura de los litigios penales, por medio de la aplicación del derecho penal objetivo”.

José Frederico Marques (2003, p. 65-66, resaltado propio), al analizar el contexto

constitucional, llega a la siguiente conclusión: “en el derecho Brasileiro, todavía está asegurada la instrucción penal contradictoria, que solo **el sistema acusatorio** puede haber acogido.

Por lo tanto, no hay que olvidar que el ordenamiento jurídico patrio eligió tal sistema como referencia, cuyas características fundamentales son “la separación entre las funciones de acusar, defender y juzgar, conferidas a distintos personajes. Los **principios del contradictorio, de la amplia defensa** y de la publicidad rigen todo el proceso” (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 41, resaltado propio)

De acuerdo a la apreciación de Cândido Furtado Maia Neto (2012), en su artículo titulado “Justicia Militar democrática y derechos humanos”, el sistema penal militar, así como el sistema penal común, es acusatorio democrático, en el cual imperan los principios constitucionales de legalidad, del debido proceso legal, de la presunción de inocencia, del contradictorio y de la amplia defensa, de manera amplia e irrestricta.

Luego, en cuanto a la clasificación del sistema aplicado en el proceso penal militar, ante los principios constitucionales delineados, prevalece la idea de que el sistema aplicado en el proceso militar es el acusatorio (OLIVEIRA, M., 2012, resaltado propio). De esta forma, se percibe que el sistema acusatorio transformó la persecución penal, situando al reo o acusado como sujeto de derecho, y no solo como objeto de las investigaciones.

Como resultado, los principios de la presunción de inocencia, del contradictorio y de la amplia defensa, expresada en la CRFB/88 como derechos y garantías fundamentales, están en vigor para todo el sistema legal existente, sea en la aplicación de la norma en el ámbito de la justicia común como en el terreno de la Justicia Militar.

El contradictorio, por lo tanto, junto al principio de la amplia defensa, se instituye como la piedra fundamental de todo el proceso y, particularmente, del proceso penal. Es así porque, como cláusula de garantía instituida para la protección del ciudadano frente al aparato persecutorio penal, se encuentra sólidamente enraizada en el interés público la realización de un proceso justo y equitativo, único camino para la imposición de la sanción penal (OLIVEIRA, P., 2009, p. 45, resaltado propio)

Fundado en esos principios fundamentales citados, es que se puede comprender el procedimiento procesal penal denominado “interrogatorio del acusado”, pues la protección solidificada por tales principios, asegura al reo una efectiva realización de su defensa, así como a la protección al que propone contradecir.

Y es ese significativo momento procesal penal que será analizado a continuación.

EL INTERROGATORIO DEL ACUSADO EN EL PROCESO PENAL COMÚN Y EN EL PROCESO PENAL MILITAR

El interrogatorio del acusado se constituye como un medio de prueba, conforme al procedimiento dado por el Código de Proceso Penal (CPP), del artículo 185 al 196. Según Távora y Alencar (2013, p.427), “el interrogatorio es la fase de la persecución penal que permite al supuesto autor de la infracción explicar su versión de los hechos, ejerciendo, si desea, la autodefensa”.

Dentro de sus principales características, el interrogatorio es un acto procesal personalísimo, contradecible (basado en el principio del contradictorio), oral y realizable en cualquier momento antes de expedida la sentencia (PACHECO, 2006). Sin

embargo, los autores difieren en cuanto a la naturaleza del interrogatorio, siendo la opinión más aceptada, que este es un acto de defensa. O sea, “el interrogatorio constituye prueba producida por el acusado en su favor, no obstante no se puede excluir la hipótesis de que resulte en un perjuicio para su defensa. (LOBÃO, 2010, p. 357).

La garantía dada a la defensa quedó todavía más clara con un nuevo procedimiento implementado por la ley 11.719/2008, que trajo consigo una modificación relevante, al adecuar el proceso penal brasileiro vigente al modelo acusatorio acogido por la CRFB/88. Se trata de la modificación en la redacción del artículo 400 del CPP, que ahora señala lo siguiente:

“Art. 400. En la audiencia de instrucción y juzgamiento, que se realizará en el plazo máximo de 60 (sesenta) días, se procederá a tomar las declaraciones de la víctima, al interrogatorio de los testigos formulado por la acusación y la defensa, en este orden, excepto lo dispuesto en el art. 222 de este código, así como las explicaciones de los peritos, las confrontaciones y al reconocimiento de las personas y cosas, interrogándose inmediatamente después, al acusado.”

Con la consecuente modificación de algunos procedimientos previstos en el CPP, la nueva sistemática introducida por la ley hizo que el interrogatorio pasase a ser el último acto de instrucción procesal y ya no más el primero, “ajustando la legislación a un modelo procesal de configuración prioritariamente acusatoria” (OLIVEIRA, P., 2009, p. 392).

En los términos del artículo 396 del CPP, una vez recibida la denuncia, el acusado será citado para presentar su defensa escrita en el plazo de 10 días. Solamente después de esa disposición es que será

designada la audiencia de instrucción y juzgamiento. En ella, el acusado solo será interrogado después de la víctima, de los testigos de la defensa y de la acusación, y hasta de las explicaciones de los peritos, confrontaciones y demás diligencias probatorias que deban ser realizadas. Con eso, el interrogatorio solamente ocurrirá después del pleno conocimiento de toda la instrucción, ocasión en que el acusado ya se encuentra habilitado a manifestarse sin eventuales sorpresas.

Además de no estar obligado a prestar declaración, el acto del interrogatorio puede no ocurrir en caso que el acusado resuelva no acudir, ya que de acuerdo con la nueva redacción del artículo 185 del CPP, él posee la facultad de comparecer o no, y su ausencia no puede ser interpretada en su contra. “se trata, efectivamente, de una oportunidad más de defensa que se abre al acusado, permitiendo que él presente su versión de los hechos, sin verse por eso forzado u obligado a hacerlo” (OLIVEIRA, P., 2009, p. 393).

Por consiguiente, en cuanto al interrogatorio del acusado en el proceso penal militar, todavía figura como primer acto de la instrucción. Después de recibir la denuncia, el juez de derecho del juicio militar determinará la citación del acusado para responder al proceso, con la designación del interrogatorio. De esta forma el artículo 302 del CPPM dispone, *in verbis*: “el acusado será calificado e interrogado en un solo acto, en el lugar, día y hora designados por el juez, después de recibir la denuncia, y se presente a la instrucción penal o esté detenido; antes de escuchar a los testigos”

Así, el militar en servicio y en libertad, se hará presente en la sede del juicio que lo requiera, en la fecha designada, mediante oficio de la Unidad militar responsable. El comparecimiento se realiza, ya sea ante el

Consejo de Justicia, o el Juez de derecho de Juicio Militar.

El interrogatorio, a su vez, aunque tenga como objetivo comprobar o no los hechos narrados en la denuncia, permite al acusado exponer libremente su versión inherente a los hechos articulados. La calificación y el interrogatorio ocurrirán en un solo acto, y será hecho obligatoriamente por el juez (SABELLI, 2008).

El rito prosigue con la designación de audiencia para el interrogatorio de los testigos, siendo escuchados, primero aquellos presentados por el acusado y, después, los ofrecidos por la defensa. Después de las audiencias, el juez determinará vista de los autos a la partes y al final de todo, será designada la sesión para el juzgamiento y la expedición de la sentencia.

APLICABILIDAD DE LA LEY N° 11.719/2008 EN EL PROCESO PENAL MILITAR

El proceso penal, a partir de esta nueva fase instaurada por la Ley 11.719/08, resguarda, en esencia, los derechos fundamentales del ciudadano al remediar una agresión histórica cometida por nuestro ordenamiento jurídico. Con la nueva redacción del art. 400 del CPP, está permitido al acusado tener pleno acceso a todos los elementos de prueba producidos en su contra a lo largo de la instrucción probatoria, para que al final del proceso pueda realizar su defensa.

Mientras tanto, el CPPM se mantuvo inalterado en lo relativo al interrogatorio del acusado, conforme ya fue demostrado en el artículo 302. Y en primer lugar, queda claro que la determinación contenida en ese dispositivo no se armoniza con lo que señala la Constitución Federal en cuanto a los principios fundamentales mencionados.

En ese sentido, el Tribunal Superior Militar refrendó la aplicación del procedimiento establecido por el CPPM expidiendo el Precedente N° 15, el 04 de enero de 2013, cuyo tenor es el siguiente: “la modificación del art. 400 del CPP, traída por la Ley N° 11.719, de 20/06/08, que pasó a considerar el interrogatorio como último acto de instrucción penal, no se aplica a la Justicia Militar de la Unión”.

Frente a esa opinión, el Supremo Tribunal Federal (STF) destacó que el nuevo procedimiento, por ser más favorable al acusado, debe regir el procedimiento penal, tanto se trate de delito sometido al Código de Proceso Penal, como sometido al procedimiento especial definido en la legislación especial.

Esta perspectiva se inició con la sentencia del recurso extraordinario en la acción penal N° 528, expedida por el Ministro Ricardo Lewandowski, decidida por el Tribunal Pleno el 24/03/2011. En ella, el STF estuvo de acuerdo con la aplicabilidad de la sistemática introducida por la reforma procesal en sus acciones penales originarias. Al expedir el voto, el Min. Ricardo Lewandowski, se manifestó:

Posibilitar que el reo sea interrogado al final de la instrucción, después de escuchados los testigos, así como después de la producción de otras pruebas, como eventuales pericias, a mi juicio, **se muestra más beneficioso para la defensa**, en la medida en que, en lo mínimo **conferirá al acusado la oportunidad para explicar desacuerdos o incongruencias** que, no raramente, surgirán durante la construcción del conjunto probatorio (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ap. 528, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2011, resaltado propio).

Por consiguiente, diversas decisiones que fueron publicadas por el STF contradiciendo el precedente N° 15 del STM, siguieron expresamente el antecedente creado en el juzgamiento de la acción penal N° 528. A título de ejemplo, están las tres decisiones publicadas por el relator Min. Luiz Fux, siendo el HC 115530-PR y el HC 115698-AM, sentenciado el 25/06/2013, así como el RHC 119188-CE, sentenciado en 04/09/2013. Vale destacar, al respecto, el siguiente párrafo del voto proferido por el relator Ministro Luiz Fux, en el HC 115530:

Se verifica, por tanto, que **la protección del derecho a la defensa consolidada en el art. 302 del Código de Proceso Penal Militar es más frágil que aquella consagrada en el actual art. 400 del Código Penal**, con la modificación dada por la ley N° 11.719/2008. En ese escenario, **el postulado de la máxima eficacia de los derechos fundamentales (CRFB, art. 5°, § 1°) reclama tal como en la AP N° 528, el apartamiento de la disciplina legal** menos inclinada al estatuto constitucional de las garantías individuales, **de suerte para honrar la opción legislativa que mejor materialice los vectores axiológicos emanados de la Carta Constitucional (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 115530-PR, Relator: Min. Luiz Fux, 2013, resaltado del autor).**

Para confirmar su opinión, Luiz Fux, 4 meses después, expidió la siguiente decisión en la resolución del Recurso Ordinario RHC 119188-CE, el 01/10/2013. En 2014, nuevamente el relator Ministro Luiz Fux expidió resoluciones corroborando lo dispuesto arriba, como ejemplo el RHC 124137-BA, sentenciado el 18/09/2014 y el HC 124328-BA, sentenciado el 25/09/2014. En ellos también hubo la concesión de la orden para que, en el ámbito militar, fuese realizado el interrogatorio al final de la

instrucción penal, con el objeto de dar aplicabilidad a la innovación traída por la ley 11.719/08.

Resulta interesante destacar una decisión requerida por la Defensoría Pública de la Unión ante el STF y sentenciada el 02/07/4/2014. Se trata del hábeas corpus solicitando una medida cautelar N° 121907-AM, en que la autoridad coactora fue el propio Tribunal Superior Militar (STM), en una apelación que negó al requirente la nulidad de la sentencia expedida por la Justicia Militar del Estado del Amazonas.

A nivel estadual, se cita dos sentencias, una del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro (TJRJ) y otro del Tribunal de Justicia de Santa Catarina (TJSC). Ambas tuvieron como autoridad coactora el pleno de la Auditoria de la Justicia Militar de la Comarca de la capital del respectivo Estado, la primera de las cuales se refiere al HC 0002135.92.2014.8.19.0000-RJ y la segunda se compone por el MS 2013.056393-5-SC. Se resalta que parte del voto pronunciado por el relator Paulo Roberge en ese MS 2013.056393-5-SC, se basó en dos sentencias del Min. Luiz Fux, citadas anteriormente. En vista de ello, Claudio Miguel, juez de derecho de la Justicia Militar Federal y Nelson Coldibelli, profesor del curso preparatorio para los cargos públicos de la Justicia Militar (2011, p. 139), enseñan que “el derecho está en eterna evolución y no podemos permanecer indiferentes a las modificaciones, principalmente cuando no se comprende la jerarquía y la disciplina”.

Carvalho (2010, p. 152, resaltado propio) cita la postura seguida por algunos magistrados de la Justicia Militar, que conscientes del deber de garantizar los derechos fundamentales, se han aplicado al interrogatorio militar las modificaciones establecidas en el CPP, según él:

Algunos magistrados militares introdujeron, en el interrogatorio de la Justicia Militar, algunas cuestiones para contribuir a la aplicación de la ley penal castrense [...] a pesar de no existir omisión del CPPM en relación **al interrogatorio** que permita la aplicación subsidiaria del CPP **en el terreno militar** [...], **tal adaptación es una medida más bien relevante para la armonización del CPPM con el sistema constitucional acusatorio y garantista en vigor.**

La sistemática procesal penal del CPPM de unificar casi todos los procedimientos, es relevante para la consolidación del procedimiento, evitando desvíos en la instrucción del hecho y simplificando el proceso. En su discurso, Esdras dos Santos Carvalho (2010, p. 165), afirma que “la discrepancia entre los sistemas procesales común y militar se encuentra mitigada en virtud de la innovación legislativa introducida por la Ley 11.719/2008, que llevó el interrogatorio para el final de la instrucción”

Por ese motivo es que se menciona la importancia de aplicar la modificación del artículo 400 del CPP en la legislación castrense, de manera que se extienda tal concesión para las Justicias Militares de todos los Estados brasileiros. Y eso debe ser hecho con respaldo en las decisiones expedidas por el Supremo Tribunal Federal y tomando como ejemplo la decisión favorable expedida tanto por el TJRJ como por el TJSC.

Así, el acto del interrogatorio del acusado ocurre por último en la audiencia de instrucción y juzgamiento, en que el reo ya tuvo acceso a todos los medios de obtenidos en el proceso, lo que lo posibilita a exponer una defensa más técnica, y lo que más se aproxima al principio de la amplia

defensa del contradictorio, previsto en la Constitución Federal.

CONCLUSIÓN

La investigación tuvo como propósito analizar el interrogatorio del acusado en el proceso penal común, con una modificación traída por la Ley 11.719/2008 y que no fue atendida por la legislación castrense. A su término, se percibió que los objetivos de la investigación concluyeron, en vista que fueron encontrados los argumentos jurisprudenciales y doctrinarios plenamente favorables del nuevo procedimiento procesal penal común en el ámbito del proceso penal militar.

En esa disposición se constató que a pesar que el STM expidió el Precedente nº15, entendiendo que la modificación del artículo 400 del CPP, traída por la Ley nº 11.719/08, no se aplica a la Justicia Militar de la Unión; diversas decisiones del STF demostraron la necesidad de aplicación de la amplia defensa y del contradictorio, con el objetivo de demostrar la viabilidad de esa nueva sistemática en la esfera militar una vez que al militar se le debe aplicar las reglas del derecho militar, obedeciendo, todavía, tales principios fundamentales dispuestos en la Carta Magna.

A pesar de integrada al Poder Judicial y garantizados los preceptos a ella inherentes, la Justicia Militar brasileira necesita actualizarse en los moldes de la CRFB/88, a fin de aproximarse a la visión garantista y de protección de los derechos fundamentales. De la misma manera, se percibe que el acusado militar, al no haber sido el último en declarar en juicio, no tuvo acceso a todas las pruebas ni a todas las declaraciones, impidiendo así que esté mejor preparado para el momento de su autodefensa, como al interrogatorio.

Esa propuesta de modificar la efectiva posibilidad de aplicación de ese nuevo rito procesal penal las audiencias de instrucción y juzgamiento en las Justicias militares estatales, será vista como una verdadera consecuencia de la amplia defensa e del contradictorio, además de ser un instrumento idóneo para la celeridad procesal en la Justicia Brasileña.

Por último se concluye que, antes del imperativo constitucional de conferirse máxima efectividad a los derechos

fundamentales consagrados en la CRFB/88, debe ser aplicada al proceso penal militar la norma prevista en la actual redacción del artículo 400 del Código de Proceso Penal Común. Y eso se hace necesario no solo como una actualización del proceso penal constitucional y democrático, si no como la valorización de un derecho fundamental, bajo pena que la Justicia Militar esté incumpliendo su deseo al colocar los valores, jerarquía y disciplina por encima de los valores introducidos en la Ley Mayor, tan esenciales al ideal de justicia.

EL DOMINIO DE ORGANIZACIÓN COMO FORMA INDEPENDIENTE DE AUTORÍA MEDIATA¹

Coronel FAP (R) Gonzalo Boluarte Pinto¹

EL CREADOR DE ESTA FORMA ESPECIAL DE AUTORÍA MEDIATA

El conspicuo penalista alemán Claus Roxin (1931-), es el creador de esta forma especial de “*autoría mediata*”, aparte de la tradicional que enseña la doctrina penal. Desarrolló esta teoría en el año 1963, es decir, hace más de 50 años, con motivo del proceso y ejecución en la horca en 1962 del criminal de guerra nazi Adolf Eichmann, luego de su espectacular secuestro en la Argentina, dos años antes, por agentes de la inteligencia israelí (Mossad) y su posterior traslado clandestino a Israel.

Esta especial forma de *autoría mediata* fue ideada por su creador con la finalidad de poder fundamentar, adecuadamente, la sanción de delitos especialmente graves y en masa, como el de genocidio, ya que, desde su punto de vista, la teoría tradicional sobre la autoría no daba una solución satisfactoria a esos casos. Roxin piensa que cuando se utiliza el dominio de una organización para cometer delitos, se debe buscar otra forma de individualizar la responsabilidad penal, aparte de la consagrada en la doctrina penal. La teoría de Roxin no sólo sería aplicable a organizaciones estatales, sino que también podría ser empleada con utilidad para juzgar los delitos cometidos por organizaciones delictivas

¹ Coronel FAP (R) Jurídico, Magister en Ciencias Penales, con estudios concluidos de Doctorado en Derecho, ex Presidente del Consejo de Guerra de la Fuerza Aérea del Perú y actual Vocal Superior Suplente del Tribunal Superior Militar Policial del Centro.

(narcotráfico, terrorismo) y hasta empresariales.

LA TEORÍA TRADICIONAL SOBRE LA AUTORÍA MEDIATA

La teoría tradicional sobre la *autoría y participación en el delito*, acogida en el código penal y en el código penal militar policial peruanos, considera las figuras penales siguientes: 1) autores y coautores (Art. 23 C.P., Art. 13 C.P.M.P.); 2) instigadores (Art. 24 C.P., Art. 14, inc. 1 C.P.M.P.); y, 3) cómplices primarios y secundarios (Art. 25 C.P., Art. 14, inc. 2 C.P.M.P.). Para explicar detalladamente las características de cada una de estas formas de autoría o participación, y los problemas que surgen en su aplicación práctica, requerirían demasiadas páginas que excederían el propósito del presente artículo. Sin embargo, sintéticamente se puede dar algunos conceptos generales sobre ellas, a fin de comprender mejor la teoría de Claus Roxin.

Autor es quién realiza directamente el tipo penal señalado en la ley y con dominio del hecho (es decir, el cómo y el cuándo de su perpetración); *coautor* es quién realiza el tipo penal conjuntamente con otro, ejerciendo ambos el dominio del hecho, inclusive si se reparten funciones para su comisión (el que apunta con la pistola al cajero mientras el otro desvalija la caja registradora); el *instigador* es aquel que, sin participar directamente en la ejecución del delito, determina o convence a otro a cometerlo, teniendo éste último el dominio del hecho (el pago a un sicario para que mate); *cómplice primario* es el que auxilia a otro (quien tiene el dominio del hecho) a cometer un delito sin participar directamente, pero sin cuya ayuda no se hubiera perpetrado (El encargado del Banco que da la clave de la caja fuerte); y, *cómplice secundario* es el que

presta asistencia de cualquier otro modo que no sea determinante para cometer el delito (el caso del “campana” que se queda fuera vigilando mientras otros roban el Banco).

Todas estas modalidades de ejecución o participación deben ser perpetradas de forma dolosa, es decir, con conocimiento y voluntad de ejecutar el tipo penal o de ayudar a su comisión. En el caso de la culpa o negligencia, sólo cabe considerar la autoría simple, como sería la hipótesis de un homicidio por negligencia, no siendo posible la complicidad negligente. Asimismo, en nuestra legislación, salvo el caso de complicidad secundaria, a todos se les aplica la misma pena que al autor, así que en realidad, los problemas prácticos en la calificación de la conducta como coautoría, instigación o complicidad primaria, se simplifican al haber señalado el legislador la misma pena para todos estos.

En la teoría tradicional de la *autoría mediata*, ésta se presenta cuando un sujeto dolosamente utiliza a otra persona que actúa sin culpa o negligentemente (es decir, no dolosamente), para cometer el delito. Serían los casos del médico que para matar al paciente, hace que una enfermera le inyecte una dosis excesiva de un fármaco sin que ésta lo sepa, produciéndole la muerte, o el que usa a un menor de edad o a un demente para cometer el delito. Estos casos estarían contemplados en el artículo 23 del código penal (Art. 13, inc. 1 C.P.M.P.) al prescribir: “*El que realiza por sí (autor) o por medio de otro (autor mediato) el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente (coautores) serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.*” Es así que la teoría tradicional entiende que *autoría mediata* se presenta cuando el delito se comete *por medio de otro* que no actúa dolosamente.

LA TEORÍA DE ROXIN

Lo que hace el profesor Claus Roxin, es ampliar el concepto de autor mediato, comprendiendo también en éste, al que comete el delito dominando una organización o aparato de poder, empleando un intermediario que obra también dolosamente, a diferencia de la teoría tradicional, en que el intermediario debe actuar negligentemente o sin culpa alguna. El profesor alemán pone como ejemplo típico el caso del jefe de un campo de concentración nazi que tiene por finalidad exterminar seres humanos por razones raciales. El jefe que ordena a sus subordinados matar a los prisioneros en las cámaras de gas sería *autor mediato*, y el ejecutor de la orden sería autor inmediato, que actúa también dolosamente. De no haber esta ampliación del concepto de *autoría mediata*, de acuerdo con la teoría tradicional, habría que condenar al jefe del campo como coautor o instigador, y al ejecutor o intermediario, como autor directo. Para efectos prácticos, en nuestra legislación la pena sería la misma para todos estos sujetos.

Los argumentos principales de Roxin para proponer esta ampliación del concepto de autoría mediata, residen en que el dominador de un aparato de poder u organización, utiliza la organización como una máquina delictiva, actuando al margen del derecho en que los ejecutores inmediatos son fungibles o intercambiables. De nada le valdría a uno de los ejecutores oponerse a matar a los prisioneros, ya que siempre habría otro en la organización dispuesto a cumplir la orden de aniquilamiento. Después de la 2da. Guerra Mundial, algunos oficiales de las SS, pretendieron exculparse de sus crímenes sosteniendo que “*si no eran ellos, otros lo hubieran hecho igual*”. Este argumento de defensa es insostenible ante la más elemental sensibilidad jurídica

y ante los terribles asesinatos en masa que cometieron. Según Roxin, todas estas circunstancias requerían un tratamiento especial, que incluso, la figura de la instigación, no podría cubrir adecuadamente. Se puede decir que la idea principal de esta novedosa teoría es calificar como *autores* a estas personas que cometieron delitos horribles y no como simples *instigadores* o *coautores*.

En la teoría de Roxin, el dominador de la organización, llamado también *hombre de atrás o de escritorio*, opera al amparo de un cargo jerárquico superior al ejecutor, es decir, tiene la palanca de mando para poner en funcionamiento la “*maquinaria*” organizativa y ordenar los delitos, siendo sus ejecutores inmediatos meras piezas intercambiables, pero que también actúan dolosamente. De esta forma, por ejemplo, en la época de la Alemania nazi, se podía hacer responsable a Adolfo Hitler de los crímenes cometidos en cualquier campo de concentración, inclusive si él mismo desconocía su existencia particular, por la razón de que no podía desconocer la existencia de los campos de concentración en general y de las atrocidades que se cometían en ellos por su orden (la llamada “solución final”), ya que sus colaboradores lo tenían muy bien informado. Con la teoría especial de la *autoría mediata*, se simplifica la actividad probatoria de los fiscales, quienes no tienen que probar que determinado jerarca X ordenó específicamente la muerte del prisionero Z; basta que esté en la “*cadena de mando*”.

La teoría de Roxin de la *autoría mediata*, si bien podría ser correcta desde el punto de vista doctrinario o dogmático, es peligrosa cuando se la quiere aplicar a otras realidades y circunstancias, porque el principio de culpabilidad (Art. VII C.P., Art. X C.P.M.P.) no permite que alguien pueda ser condenado si no se prueba que cometió algún delito de forma dolosa o culposa. Por

lo tanto, nadie puede ser hecho responsable de actos de terceras personas si es que no obró, por lo menos, negligentemente. Pretender responsabilizar a un jefe militar de algún exceso o delito cometido por alguno de sus subordinados sin su orden o conocimiento, constituye una arbitrariedad e injusticia incompatible con un Estado democrático de Derecho. Sin embargo, esto es lo que viene ocurriendo en muchos procesos judiciales en el Perú, usando mal la teoría de la *autoría mediata* del profesor Roxin.

No se puede equiparar a las fuerzas del orden o al Estado peruano con organizaciones delictivas o con el Estado nazi. Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son organizaciones creadas para cometer delitos, sino para proteger la seguridad externa e interna de la nación. En el Perú ningún militar o policía está obligado a cumplir órdenes notoriamente ilícitas, por lo que cualquiera de ellos puede negarse a cumplir tales órdenes. Malos fiscales y jueces han abierto procesos comprendiendo en ellos a *“toda la cadena de mando”*, desde el Jefe del Comando Conjunto hasta el último subalterno de un cuartel militar, por hechos ocurridos en éste hace más de dos o tres décadas, teniéndolos procesados por años sin dictar sentencia, ya que no pueden probar su culpabilidad de acuerdo con nuestra legislación vigente, pero en algunos casos sí han habido militares condenados por simples sospechas o porque *“debían saber que ocurrían los delitos”*.

LOS REQUISITOS QUE SE EXIGEN

Tres son los requisitos que exige la teoría de Roxin. A saber son:

El **“poder de mando”**, es el primer requisito que la teoría de Roxin exige. *“Autor mediato sólo puede ser quien dentro de una organización rígida-*

te dirigida, tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo.”

“La desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder” es el segundo requisito exigido. Roxin dice: *“En primer lugar, el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del Derecho no en toda relación, sino sólo en el marco de los tipos penales realizados por él.”* Sobre este requisito trataremos más adelante, pues ha sido el que constituye un corrector para los excesos de una aplicación aberrante de la teoría del maestro germano.

“La fungibilidad del ejecutor inmediato” es el tercer requisito. Supone que aunque alguno de los ejecutores se opusiera a realizar el hecho punible, siempre habría otro de la organización dispuesto a realizarlo. Los ejecutores son como piezas intercambiables o *fungibles*.

CRITERIO LIMITATIVO EN LA TEORÍA DE ROXIN

Para evitar excesos persecutorios, Roxin, en cuanto al requisito de que el aparato de poder debía estar desvinculado del derecho, y poniendo como ejemplos el caso de los asesinados que pretendían fugar por el muro de Berlín o el de los campos de concentración nazis, dijo con relación al primero: *“es evidente que la desvinculación al Derecho del aparato organizado de poder es una condición necesaria para el dominio del hecho de los hombres de atrás. Si, por ej., el homicidio de fugitivos en el Muro hubiera estado prohibido de modo general y hubiese sido sólo el resultado de órdenes de funcionarios no autorizados, tales hechos habrían sido de ese modo acciones individuales y tratados conforme a las reglas de la inducción*

y la autoría. El soldado de frontera hubiera podido entonces desobedecer también en cualquier momento apelando a la legislación de la RDA y, en otros casos, a la praxis correspondiente a ésta.”

Con respecto al segundo ejemplo dijo: *“Lo mismo es válido para las acciones de exterminio masivo llevadas a cabo por los nazis, a las que no se hubiese podido llegar nunca si se hubiera tratado sólo de extralimitaciones de individuos y no de un gran aparato que hubiese trabajado con este objetivo sistemáticamente y con todos sus componentes. El sistema (o sea, el sistema parcial de un Estado) tiene, por tanto, que trabajar delictivamente como un todo (“desvinculado del Derecho”) [rechtsgelöst] si la seguridad del resultado que fundamenta una autoría mediata debe atribuirse a las instrucciones de los hombres de atrás.”*

Se puede apreciar claramente en ambos ejemplos, que el criterio limitativo de Roxin no ha sido tomado en cuenta en muchos casos por nuestros jueces y fiscales que han procesado a miembros de las fuerzas del orden que lucharon contra el terrorismo. Por estos casos aislados, ¿se podría sostener seriamente que las Fuerzas Armadas peruanas actuaron como un gran aparato de poder con el objetivo de violar sistemáticamente los derechos humanos? Esto no lo ha sostenido ni la Comisión de la Verdad; entonces, ¿cómo es posible que fiscales y jueces denuncien y procesen a militares sin respetar el principio de culpabilidad, aplicando el trasnochado y rudimentario principio de *la responsabilidad por la cadena de mando*?

Esta perversa forma de entender la *autoría mediata*, en realidad, lo que pretende es condenar sin necesidad de probar la real responsabilidad del agente y sólo basarse en presunciones o sospechas, lo que está reñido con un verdadero Estado de Derecho,

con los valores democráticos y con la justicia. Condenar a una persona por el simple hecho de haber ocupado en la jerarquía militar un puesto más alto que el autor de un delito, sin que medie ninguna participación en el mismo, constituye una arbitrariedad que está penada por la ley como prevaricato. El artículo 418 del Código Penal sanciona al juez o fiscal que emite resolución o dictamen, citando pruebas inexistentes. En estos casos es peor aún, porque no citan ninguna prueba. Condenar sin pruebas, escudándose detrás del prestigio de un penalista como Claus Roxin, tergiversando su teoría de la *autoría mediata*, sólo hace retroceder el derecho penal a sus épocas más oscuras. El profesor Claus Roxin creó su *teoría* para sancionar más eficazmente a los cabecillas de distintas formas de organizaciones delictivas, pero no para que sea usada como un instrumento que pisoteara los derechos humanos. Es urgente que los poderes del Estado pongan coto a este tipo de abuso judicial que viene perturbando y destrozando injustamente la vida y tranquilidad de muchos ciudadanos peruanos.

CRÍTICAS A LA TEORÍA DE ROXIN

Es pertinente señalar que no todos los penalistas han acogido la teoría de Roxin, en razón de que consideran que no es necesaria porque la teoría tradicional sobre la *autoría y participación en el delito* es suficiente.

El profesor alemán Gunther Jakobs dijo que apreciar autoría mediata en estos casos es *tan superfluo como nocivo* (2). Es superfluo porque para este autor basta con aplicar la coautoría o la instigación; *“es nociva, porque, en los hechos de la época del régimen del nacional-socialista, encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni mucho menos forzada, hasta convertirla en un hacer común.”*

Otro escritor alemán, Hans-Heinrich Jescheck, dice: *“Esta opinión sólo puede admitirse cuando el ejecutor no pueda ser considerado en sí mismo como autor plenamente responsable. Pero si lo es, el sujeto que permanece en la central es, precisamente porque domina la organización, coautor.”*(3) Como se puede ver, Jescheck se inclina por el uso de la coautoría en estos casos.

El profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni no observa ventajas a lo que él llama, *“complicada”* teoría de Roxin. Entre llamar al *“hombre de atrás”* instigador o autor mediato, observa una clara diferencia: *“la diferencia estribaría en que si se lo considera autor mediato, habrá tentativa desde que comienza a dar la orden, en tanto si se lo considera instigador, recién será punible cuando el ejecutor final comience su conducta.”* Esta es una interesante observación; luego remata su opinión diciendo: *“En rigor, no se observan las ventajas de esta complicada construcción, entre otras cosas, porque es una cuestión de hecho determinar si se mantuvo o no el dominio del hecho, en cuyo caso no cabría descartar la coautoría o la participación necesaria. La fungibilidad de los ejecutores no indica nunca que su aporte no sea necesario, incluso sin apelar a esta tesis. Además, es menester evitar el riesgo de devaluar la intervención de los ejecutores y facilitar ciertas soluciones políticas poco deseables.”* (4)

Por último, se puede citar también al autor nacional Felipe Villavicencio Terremos, quien dice: *“Si bien son sugestivos los conceptos de esta posición, a nuestro criterio la figura de la autoría mediata no puede utilizarse sin límites, pues cuando el intermediario actúa dolosa y plenamente responsable, el dominio del hecho le pertenece y se excluye la posibilidad de una autoría mediata.”* (5)

Sin embargo, muchos fiscales y jueces peruanos se han visto influenciados, equivocadamente, por la teoría de la *“autoría mediata”* del insigne maestro alemán, a quién al parecer no han comprendido o leído bien en cuanto al alcance de su teoría, pero que motivados, tal vez, por la *“novelería”*, en muchos casos la han aplicado mal, con resultados realmente aberrantes e inadmisibles, en un Estado de Derecho y con grave daño a la justicia. En muchos casos, cuando se ha juzgado a miembros de las Fuerzas Armadas acusados de presuntas ejecuciones extrajudiciales, se ha pretendido sancionar a *“toda la cadena de mando”*, presumiendo la responsabilidad de oficiales que no tenían conocimiento de los hechos. En todo caso, si como a veces se arguye, *“debieron conocer los hechos”*, entonces estaríamos en una conducta negligente, pero nunca dolosa como se pretende, en clara violación al principio de responsabilidad y de la *presunción de inocencia* consagrada en el artículo 2, inciso 24, literal e) de la Constitución Política del Perú. En un proceso penal la responsabilidad debe ser debidamente probada. La teoría de Roxin, aplicada sin limitaciones, desemboca en una especie de *“terrorismo judicial”* que ningún bien le hace a la justicia.

CONCLUSIONES

La teoría de la autoría mediata por dominio de organización sin las debidas limitaciones, ha tenido como consecuencia que la actividad probatoria de la responsabilidad se haya simplificado, con grave violación a los principios de legalidad, responsabilidad y presunción de inocencia.

De acuerdo con nuestra legislación vigente, los preceptos legales sobre la autoría y la participación previstos en el código penal y en el código penal militar policial,

garantizan una debida sanción por los delitos que contemplan, por lo que no es necesario introducir otras formas.

Se debe poner énfasis en exigir que los fiscales y jueces basen sus acusaciones

y sentencias en los hechos que han sido debidamente probados, y que estos hayan sido cometidos con dolo o culpa, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

BIBLIOGRAFÍA

1. ROXIN, Claus, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", artículo publicado en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, Año 2006, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
2. JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal*, parte general, 2da, edición corregida, pág. 784, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1997.
3. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Volumen Segundo, pág. 928, traducción de la 3ra. Edición alemana por Mir Puig y Muñoz Conde, Bosch- Barcelona-1981.
4. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Segunda Edición, pág. 615, EDIAR, Buenos Aires-2006.
5. VILLAVICENCIO, T. Felipe, *Derecho Penal*, Parte General, pág. 480, Primera Edición 2006, 3ra. Reimpresión 2009, GRIJLEY- Lima.

LOS DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL CENTINELA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-MILITAR ESPAÑOL¹

*Antonio Millán Garrido,
Universidad de Cádiz*

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos contra los deberes del centinela son el abandono de puesto (art. 146) y el quebrantamiento de consigna o incumplimiento de obligaciones (art. 147), integrantes de la sección 2ª del capítulo V («delitos de quebrantamiento de servicio») del título VI («delitos contra los deberes del servicio») del vigente Código penal militar español.

Tales infracciones, en sus manifestaciones más graves (el abandono de puesto o el incumplimiento de las obligaciones sustanciales), vienen tipificadas como delitos en casi todas las leyes penales militares. Y aunque en épocas pasadas algunas los configuraron como delitos contra la disciplina², por lo general hoy se las consideran infracciones contra el

1 Este trabajo, elaborado en homenaje al profesor doctor Miguel Polaino Navarrete, catedrático de Derecho penal de la Universidad Hispalense (Sevilla), con motivo de su sexuagésimo quinto cumpleaños, fue publicado, en 2012, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (pp. 159-192). Se trata, ahora, de una segunda versión, actualizada, en la que se tienen en cuenta la nueva Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, el Proyecto de Código Penal Militar de 2014 y la jurisprudencia surgida desde la redacción originaria.

2 Art. 333 del Código penal de Rumania de 21 de junio de 1968. Cfr. «Los títulos X y XI del Código penal rumano», nota introductoria y traducción de A. Millán Garrido, en Revista Española de Derecho Militar, núm. 37 (1979), p. 224.

servicio³, más concretamente, según algunos textos, contra el servicio de seguridad. Es el caso del Código penal militar policial peruano, aprobado por Decreto Legislativo 1094/2010, de 31 de agosto, para el que los delitos de violación de consigna (art. 99) y abandono de puesto de vigilancia (art. 100), como «delitos cometidos por centinela», son «delitos contra el servicio de seguridad» (cap. I del tít. III)⁴.

Este trabajo aborda un análisis de los delitos contra los deberes del centinela previstos en los artículos 146 y 147 del Código penal militar español, infracciones cuya entidad y trascendencia contrastan con la escasa atención que le ha dispensado la doctrina, vacío sólo en parte colmado con la escasa jurisprudencia emanada de nuestros tribunales.

Comenzamos ocupándonos de la naturaleza jurídica de ambos delitos, así como de su elemento subjetivo común: el centinela.

II. EL SERVICIO MILITAR COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO

Los delitos contra los deberes del centinela son infracciones contra el servicio militar, categoría dogmática que comprende cuantas conductas lesionan o ponen en peligro, a través del servicio, la eficacia del potencial defensivo del Estado. La antijuridicidad material se contrae, en todos estos delitos, a la lesión que los mismos comportan en la eficacia de las fuerzas armadas, que solamente es plena cuando todos los elementos del aparato militar funcionan de forma exacta, incluso en sus engranajes más modestos y secundarios⁵.

La diferencia entre los delitos contra el servicio militar y aquella otra categoría formada por los delitos contra la disciplina radica en que mientras el primer grupo responde a la necesidad de garantizar la eficacia del potencial defensivo del Estado a través de la tutela penal del servicio, el segundo pretende lograr la necesaria

3 Es el criterio que siguió el Código penal militar italiano para tiempos de paz de 1941, que regula el abandono de puesto y el quebrantamiento de consigna (arts. 118 y 119) dentro de los «delitos contra el servicio militar» (tít. II del libro II). Cfr. *Codici penali militari di pace e di guerra*, a cura di S. Malizia, 5.ª ediz., Giuffrè Edit., Milano, 1975, pp. 84-87. Este criterio, apoyado por la jurisprudencia y la doctrina en casi todos los países del entorno sociocultural europeo, ha sido acogido por la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos. Así, entre otros, el Código penal militar de Paraguay de 18 de diciembre de 1980 (arts. 113 a 119) o el Código penal militar colombiano, aprobado por Ley 1407/2010, de 17 de agosto (Diario Oficial núm. 47.804, de 17 de agosto), que, en este punto, reproduce los artículos 118 y 119 del Código penal militar de 1988 (cfr. Código penal militar, Ecoe Ediciones, Santiago de Bogotá, 1996, p. 25). Es también la concepción mantenida en el Derecho alemán, aun cuando la Ley penal militar regule el abandono de la guardia (§44) dentro de la sección 4ª como «infracción contra otros deberes militares» (cfr. «La Ley penal militar de la República federal de Alemania», nota introductoria y traducción de A. Millán Garrido, en *Revista de Derecho Público*, núm. 95, 1984, p. 299).

4 El Peruano, núm. 11108, de 1 de septiembre de 2010, p. 424776. Esta concepción ha sido tradicional en Venezuela, cuyo Código de Justicia Militar de 17 de septiembre de 1998 mantiene, en este punto, el mismo criterio seguido por el anterior Código de Justicia Militar de 6 de agosto de 1938, cuyo artículo 551 sanciona al «centinela que viole o quebrante la consigna, abandone el puesto o se embriague» (cfr. Legislación militar venezolana, Iorfan, Caracas, 1994, p. 274).

5 Cfr. R. Venditti, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, 4.ª edic., Giuffrè Edit., Milano, 1995, pp. 7-8.

cohesión de las fuerzas armadas a través de la tutela penal de la disciplina. Ciertamente, servicio y disciplina no constituyen de por sí bienes totalmente independientes, puesto que la cohesión está también en función de la eficacia. Pero la una y la otra se presentan como dos momentos lógicamente diversos que fundamentan sobradamente la distinción y justifican en los planos conceptual, dogmático y legislativo el encuadramiento de los distintos tipos en cada una de las categorías⁶.

El servicio, además de una acepción subjetiva y otra objetiva, puede venir entendido en un sentido amplio y genérico o en un sentido estricto y específico. Genéricamente, el servicio se refiere a la prestación general, a la obligación de permanencia en el encuadramiento militar en los términos legalmente establecidos. Específicamente, el servicio hace referencia a todas y cada una de las concretas prestaciones particulares exigibles al individuo durante su permanencia en filas⁷.

Tal distinción propicia la, a mi modo de ver, fundamental división de la categoría de los delitos contra el servicio militar en dos grupos. Uno, que protege el mismo deber de prestar el servicio militar: en él se incluyen, entre otras infracciones, el abandono de destino o residencia, la desertión, la inutilización voluntaria para eximirse del servicio militar o la simulación de enfermedad o defecto físico con la misma finalidad.

Otro, que tutela los deberes específicos y concretos del servicio: el mismo comprende, entre otras, las infracciones contra los deberes del mando, contra aquellos relacionados con la navegación, el abandono de servicio y los delitos contra los deberes del centinela, objeto de este trabajo.

Por tanto, bien jurídico protegido en las infracciones contenidas en los artículos 146 y 147 del Código penal militar es el servicio entendido en un sentido específico, como prestación concreta, la de centinela, de la que se derivan para el militar unas obligaciones que deben ser cumplidas en los términos legal o reglamentariamente previstos.

La naturaleza jurídica de ambas infracciones ha sido adecuadamente destacada por el propio legislador al regularlas como «delitos contra los deberes del servicio» con una sistemática más precisa que la del Código de Justicia Militar de 1945, que incluía estas figuras entre los «delitos contra los fines y medios de acción del Ejército», categoría de escasa especificidad, cuya supresión fue propuesta por la doctrina⁸, apuntándose el de los delitos contra el servicio militar como amplio grupo en el que el nuevo texto penal castrense debía ubicar los delitos contra los deberes del centinela⁹.

También la jurisprudencia destaca los deberes del servicio como bien jurídico protegido en los delitos de los artículos

6 Cfr. A. Millán Garrido, «Delitos contra el deber de presencia en el servicio militar», en *Los delitos contra la prestación del servicio militar*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 479.

7 Vid. R. Venditti, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, cit., pp. 4-7.

8 Valga, por todos, F. de Querol y de Durán, *Principios de Derecho Militar Español*, con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, t. II («Derecho penal militar»), Edit. Naval, Madrid, s/f, pp. 505-506.

9 Cfr. A. Millán Garrido, «Contestaciones al cuestionario elaborado por la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 37 (1979), p. 219.

146 y 147 del Código penal militar¹⁰, si bien en algún caso haya aludido a la disciplina como objeto de tutela¹¹.

III. EL CENTINELA COMO SUJETO ACTIVO

En la acepción básica que nos da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua («Soldado que vela guardando el puesto que se le encarga»), la figura del centinela debió existir siempre, al ser su función consustancial con la naturaleza y objetivos de los ejércitos, si bien este término se introdujo en nuestro país a finales del siglo XV para ir sustituyendo a los vocablos «atalaya», «escucha», «posta» o «vela» utilizados hasta entonces¹².

Centinela, de acuerdo con este concepto propio, es el encargado de velar por la seguridad de una guardia, plaza, edificio o puesto militar, en prevención de cualquier ataque o peligro que pueda afectarles¹³, si bien, en un sentido más específico, el centinela sería aquel militar al que se encomienda una vigilancia con armamento completo, se le dan consignas propias, se le hacen

las prevenciones de ordenanza y se le releva en la forma reglamentariamente prevista¹⁴.

Sin entrar en un análisis de la evolución de esta figura en el ordenamiento militar y, más en concreto, en su tratamiento como sujeto activo y pasivo de infracciones en el ámbito castrense¹⁵, sí debe significarse que la regulación administrativa del centinela se contuvo hasta ahora en los artículos 59 a 64 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre) y en los artículos 353, 381 a 383 y 391 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra (Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre), 531 y 556 a 558 de las Reales Ordenanzas de la Armada (Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo) y 393 y 423 a 425 de las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire (Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero), todos ellos derogados y sustituidos por el Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, que aprueba las Normas sobre Seguridad en las Fuerzas Armadas¹⁶. Tales Normas, que «destacan, por su importancia, la actuación del centinela», lo regulan básicamente en sus artículos 24 a 26. De acuerdo al primero de ellos, «son centinelas

10 Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1991 (RJ 1991\6721), 24 de septiembre de 1993 (RJ 1993\7104) y 8 de junio de 1998 (RJ 1998\6577).

11 Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994 (BJM, 12, p. 134).

12 Vid. J. Almirante, *Diccionario Militar*, reimpresión de la edición original de 1869, Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid, 1989.

13 Cfr. J. L. García Santolalla, «Insulto a centinela, salvaguardia o fuerza armada», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIII (preparado por B. Pellisé Prats), Edit. F. Seix, Barcelona, 1968, p. 163, que reproduce lo apuntado ya por A. Conejos d'Ocón, *Observaciones para la aplicación del Código de Justicia Militar*, Valencia, 1895, p. 419.

14 Cfr. F. de Querol y de Durán, *Principios de Derecho Militar Español*, t. II, cit., p. 247.

15 Vid., en este punto, A. Morales Villanueva, «Definición de fuerza armada y centinela», en *Comentarios al Código penal militar*, coord. por R. Bleuca Fraga y J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Civitas, Madrid, 1988, pp. 255-270.

16 Téngase en cuenta que los artículos 59 a 64 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas tenían rango de real decreto, de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria 12.ª de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

los componentes de la guardia de seguridad que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guardan un puesto confiado a su responsabilidad portando a la vista el arma de fuego que por su cometido les corresponda». Esta definición la integran los siguientes elementos:

- a) Los centinelas son *componentes de la guardia de seguridad*. Las guardias de seguridad son cometidos de miembros de las fuerzas armadas, con presencia y duración limitada, que se establecen para dar protección a las unidades, así como al personal, armamento, material y documentación, de acuerdo con lo que se especifique en el correspondiente plan de seguridad (art. 14.1 NSFAS).
- b) Como las demás guardias de seguridad, el del centinela es un *acto de servicio de armas*, al requerir para su ejecución el uso, manejo o empleo de armamento, en concreto, el arma de fuego que por su cometido le corresponda.
- c) El centinela *cumple una consigna*, esto es, una orden específica, constituyendo tal cumplimiento la obligación básica en su cometido, sin perjuicio de la debida observancia de las obligaciones generales que le imponen las Normas de Seguridad (art. 25 NSFAS).
- d) La consigna se cumple, en todo caso, *guardando el puesto confiado a su responsabilidad*. Los puestos de centinela, que deben permitir el cumplimiento de la consigna recibida, pueden ser fijos o móviles y, en ambos casos, individuales o de grupo. Los fijos se establecerán en lugares que permitan la protección

y la observancia y reduzcan la vulnerabilidad. Los móviles completarán, en su caso, la acción de los fijos y tendrán a su cargo la vigilancia permanente de zonas concretas y limitadas (art. 26 NSFAS).

Éste es el concepto propio o estricto de centinela, cuya utilización debe ser restrictiva, empleándose sólo para la defensa y protección de lugares o instalaciones sensibles en los que lo exija su seguridad (art. 24.2 NSFAS). Se prevé, sin embargo, que la legislación, con efectos generales o específicos, confiera la consideración de centinela a otros militares «por la importancia o trascendencia de las funciones o cometidos que desempeñen» (art. 24.3 NSFAS).

Y eso es lo que hace el Código penal militar (art. 11), a cuyos efectos se entenderá que, además del centinela en sentido estricto («el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad»), tienen dicha consideración los militares que sean:

- Componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido;
- Operadores de las redes militares de transmisiones o comunicaciones durante el desempeño de sus funciones;
- Operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control de espacios terrestres, marítimos y aéreos confiados a los centros y estaciones en que sirven durante el desempeño de sus cometidos u observadores visuales de los mismos espacios¹⁷.

17 A mi entender, la relación de militares a los que, por sus específicos cometidos, se les confiere la condición de centinela es taxativa, de forma que la incorporación de cualquier otro supuesto tendría que ser a través de la reforma del artículo 11 del Código penal militar. Para Higuera Guimerá, por el contrario, la

Como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2014, el artículo 11 del Código penal militar, «que efectivamente contiene el concepto legal de centinela, comprende tanto la definición de quien lo es *stricto sensu* como la de aquellos que reciben la consideración de tales por cumplir un servicio de especial relevancia para la seguridad de las fuerzas armadas»¹⁸.

IV. LOS ARTÍCULOS 146 Y 147 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

Los artículos 146 y 147, que regulan los delitos contra los deberes del centinela, no sufrieron alteración sustancial alguna durante la tramitación parlamentaria del Código penal militar. Si se compara el proyecto remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados¹⁹ con el texto definitivo²⁰, las únicas diferencias consisten en la singularización de la locución «tiempos de guerra» y en la supresión de los originarios epígrafes o títulos de los preceptos, que eran «abandono de puesto» (art. 146) e «incumplimiento de sus obligaciones» (art. 147)²¹.

Con posterioridad ambos preceptos resultaron afectados por la reforma operada en el Código penal militar por la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte, que

era alternativa a la de prisión en los incisos finales de los apartados primeros de los artículos 146 y 147, incisos que fueron suprimidos por el artículo 2.3 de dicha Ley Orgánica.

En la actualidad la redacción de la sección 2.ª del capítulo V del título VI del Código penal militar es la que sigue:

«Art. 146. El centinela que abandonare su puesto será castigado:

1.º En tiempo de guerra, con la pena de quince a veinticinco años de prisión.

2.º Frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, con la pena de diez a veinte años de prisión.

3.º En los demás casos, con la pena de seis meses a seis años de prisión.

Art. 147. El centinela que incumpliere sus obligaciones ocasionando grave daño al servicio será castigado:

1.º En tiempo de guerra, con la pena de diez a veinticinco años de prisión.

2.º Frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, con la pena de cinco a quince años de prisión.

3.º En los demás casos, con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión».

enumeración «no es cerrada, sino que puede estar abierta a nuevas situaciones que la tecnología militar establezca en el futuro, situaciones que desde luego no puede recoger el actual Código castrense, pero que, cuando se establezcan, podrían ser reconducidas a los supuestos legales efectuando una interpretación extensiva». Cfr. J. F. Higuera Guimerá, Curso de Derecho Penal Militar Español, Parte General, Bosch, Barcelona, 1990, p. 232.

18 RJ 2014\6238.

19 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, núm. 123-I, de 12 de noviembre de 1984.

20 Boletín Oficial del Estado núm. 296, de 11 de diciembre de 1985.

21 Vid., acerca de la tramitación parlamentaria de estos preceptos, A. Granados Castillo, «Delitos contra los deberes del centinela», en Comentarios al Código penal militar, coord. por R. Bleuca Fraga y J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Civitas, Madrid, 1988, pp. 1677 y 1687.

Como decía la originaria exposición de motivos del anteproyecto de Código penal militar, con estos preceptos se logra una «configuración sencilla» de los delitos contra los deberes del centinela²², que se complementa con el artículo 8.6 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, según el cual, es falta grave «incumplir las obligaciones del centinela [...], en tiempo de paz, siempre que no causare grave daño para el servicio»²³.

V. EL DELITO DE ABANDONO DE PUESTO

1. Sujetos

Autor de este delito sólo puede serlo, según lo ya expuesto, un militar que ostente la condición de centinela conforme a lo

previsto en el artículo 11 del Código penal castrense, lo que hace del sujeto activo un elemento típico objetivo que restringe el ámbito material subjetivo de la infracción²⁴.

La jurisprudencia ha significado la relevancia del sujeto activo como primer elemento configurador de este delito, que lo delimita de otros quebrantamientos de actos de servicios de armas distintos del prestado por el centinela²⁵. Y ha señalado cómo pueden ser autores de la infracción tanto quien, «dotado con el armamento reglamentario, guarda un puesto confiado a su responsabilidad con la misión o consigna de vigilar una zona del perímetro del campamento»²⁶ como aquellos militares a los que, sin ser centinelas en sentido estricto, se atribuye por la ley tal condición²⁷.

22 Vid. F. Jiménez y Jiménez, *Introducción al Derecho penal militar*, Civitas, Madrid, 1987, p. 232.

En realidad, la nueva normativa reproduce, si se quiere de forma más simplificada y, en todo caso, con una mejor técnica, la regulación de los delitos básicos contra los deberes del centinela del Código de Justicia Militar de 1945. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1993, «es fácil advertir que es idéntica la narración del vigente artículo 146 del Código penal militar y la dispuesta en el artículo 364 derogado, referidos ambos al hecho del abandono de su puesto por el centinela; mientras que el vigente artículo 147, en su genérica descripción del incumplimiento de las obligaciones del centinela, ocasionando grave daño al servicio, habrá de entenderse que es sucesor de la infracción tipificada en el derogado artículo 361 del Código de Justicia Militar y de cualesquiera otras que impliquen formas distintas de dicho incumplimiento» (RJ 1993\7104).

23 Esta infracción grave prevista en la vigente Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, es transcripción literal de la que contenía el artículo 9.5 de la derogada Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

24 Esta particular condición del sujeto activo ha sido significativamente destacada en la doctrina italiana, según la cual, el servicio de centinela es un «servicio en el servicio», lo que hace del abandono de puesto un delito especial dentro de las infracciones exclusivamente militares. Cfr. V. Veutro, en *Manuale di Diritto e di procedura penale militare*, de G. Landi, V. Veutro, P. Stellacci y P. Verri, Giuffrè Edit., Milano, 1976, p. 336; y A. Manassero, *I Codici penali militari*, vol. II («I singoli delitti»), 2.ª ediz., Giuffrè, Milano, 1951, p. 97.

25 Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1998 (RJ 1998\6577).

El delito de abandono de puesto de centinela es una modalidad específica de abandono de servicio de armas: Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1993 (RJ 1993\7104).

26 Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1996 (RJ 1996\4059).

27 Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6238). Destaca este pronunciamiento cómo sólo cabe exigir que porten sus armas a «aquellos militares que la requieren para cumplir su función de centinelas». Cuando la misión encomendada es simplemente la «observación y vigilancia», puede no resultar necesario el uso permanente de armas.

Entre ellos destacan los componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido²⁸, que «no son solamente los soldados que las integran, sino también el cabo o suboficial que las manda si realiza el servicio con aquéllos»²⁹.

Sujeto pasivo es el Estado, cuyo potencial defensivo se ve afectado a través de la lesión que se opera en el servicio y, por ende, en la seguridad de las fuerzas armadas.

2. La conducta típica

La acción prevista en la ley consiste en el abandono del puesto, esto es, en dejarlo, en apartarse de él. Según la jurisprudencia, abandono es «dejación, apartamiento o ausencia de un lugar determinado o, lo que es igual, desplazamiento material o físico de una persona desde el sitio que ocupaba previamente a otro distinto que le impide realizar el cometido que le correspondía en el lugar primitivo»³⁰. Existe, por tanto, abandono de puesto de centinela «cuando

éste lo deja, esto es, cuando se aparta físicamente de él, de tal modo y en tales términos que su situación no le permite ya ejercer la función de vigilancia y defensa que tiene encomendada»³¹.

El delito de abandono de puesto de centinela es, pues, una modalidad de abandono de servicio de armas consistente en la ausencia física del centinela del puesto confiado a su responsabilidad³². Lo esencial es, en definitiva, el apartamiento físico del puesto de centinela o, lo que es lo mismo, del lugar custodiado, «no la abstracción, pérdida de conciencia o alejamiento psíquico, permaneciendo materialmente en el puesto: todo lo indebidamente realizado, por acción u omisión, dentro de la zona confiada podrá integrar el incumplimiento de obligaciones tipificado en el artículo 147, pero no constituirá nunca el abandono de puesto previsto en el artículo 146»³³.

El apartamiento, el abandono ha de ser del «puesto», que, según se ha indicado, puede ser fijo o móvil³⁴. En el primer caso se trata de un lugar concreto establecido

28 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1994 (RJ 1994\1608).

29 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8266).

30 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1993 (RJ 1993\7104).

En este mismo sentido, la doctrina italiana destaca cómo «el abandono de puesto comporta necesariamente un movimiento en el espacio, un alejamiento físico o material». Cfr. V. Veutro, *Manuale di Diritto e di procedura penale militare*, cit., p. 339.

31 Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1996 (RJ 1996\4059).

32 El deber de presencia del centinela es rigurosamente personal, de ahí que se incurre en el delito de abandono de puesto aunque la ausencia se supla por otro militar, siempre que no medie la correspondiente autorización. Vid., en este sentido, V. Veutro, *Manuale di Diritto e di procedura penale militare*, cit., p. 340; y R. Venditti, *I reati contro il servizio militare*, cit., p. 50.

Resulta indiferente, por lo demás, el tiempo que dure la ausencia, así como que el centinela, tras el alejamiento, permanezca a una distancia mayor o menor del puesto abandonado, siempre que no permita continuar con la función de vigilancia encomendada. Cfr. M. Lo Cascio, *Diritto penale militare*, Giuffrè Edit., Milano, 1958, p. 140.

33 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1993 (RJ 1993\7104).

34 Según Steccanella, «el puesto no es tanto el lugar señalado para el cumplimiento de su servicio por el centinela cuanto el objeto dimensional al que él debe efectivamente aplicar la actividad funcional que constituye la finalidad de su específico cometido». Cfr. M. Steccanella, *Abandono di posto e violazione de consigna nel sistema penale militare*, Giuffrè Edit., Milano, 1964, p. 62.

(una garita, por ejemplo) desde el cual debe desarrollar el centinela su función de vigilancia y custodia. En el segundo, que es el propio de las patrullas de seguridad, «el término “puesto” utilizado en la descripción del tipo debe ser interpretado como la zona cuya vigilancia se les encomienda»³⁵.

De aquí que comete este delito el centinela que abandona el puesto asignado y se va al Cuerpo de Guardia³⁶, al comedor de la unidad³⁷, a su escuadrón³⁸ o a los dormitorios de la compañía³⁹ y también el integrante de una patrulla de seguridad que se aleja de la zona de vigilancia y se va a un bar a comprar tabaco⁴⁰ o a dormir a su unidad⁴¹. En cambio, no cometen este delito y sí el previsto en el artículo 147, los miembros

de la patrulla de una guardia de seguridad que se duermen dentro del vehículo en que prestaban servicio o, en todo caso, dentro de la zona de vigilancia que tenían asignada⁴².

Carece de fundamento una doctrina residual, según la cual este delito se cometería tanto por la ausencia física del puesto como cuando el sujeto se desentiende totalmente de su obligación como centinela⁴³, por considerarse que en ambos casos se produce la infracción al deber de vigilancia exigido por el servicio de armas asumido⁴⁴.

Es indudable que el abandono de puesto supone la infracción de un deber jurídico, cual es el desempeño del servicio de centinela por quien está obligado a ello,

Por ello, para la jurisprudencia italiana y para un destacado sector doctrinal no hay abandono de puesto cuando el centinela, incluso tras haberse separado materialmente del puesto fijo señalado, permanece a una distancia tan pequeña que puede seguir cumpliendo su función sin perjuicio para el servicio. Cfr. A. Manassero, *I Codici penali militari*, vol. II, cit., pp. 98-99; M. Lo Cascio, *Diritto penale militare*, cit., p. 140; y R. Venditti, *I reati contro il servizio militare*, cit., p. 39.

35 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8266). En esta línea, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2009 cómo «existe una diferencia esencial entre centinela y patrulla de una guardia de seguridad, no en su función de vigilancia, sino en la forma de realizarla, con sujeción a esquemas rígidos y permanentes en el supuesto del centinela y sin tal sujeción para la patrulla» (RJ 2010\1591).

36 Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1989 (JTS, 1989, p. 288), 4 de febrero de 1999 (RJ 1999\2467) y 27 de abril de 2001 (RJ 2001\4375).

37 Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2001 (REDM, JP, p. 277).

38 Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2005 (s/ref.).

39 Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001 (REDM, JP, p. 285).

40 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1994 (RJ 1994\1608).

41 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1998 (RJ 1999\200).

42 Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1993 (RJ 1993\7104), 15 de julio de 2004 (s/ref.) y 12 de febrero de 2009 (RJ 2009\2240).

43 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8266).

Esta jurisprudencia tiene su antecedente en algunos fallos del desaparecido Consejo Supremo de Justicia Militar que, en el régimen normativo anterior, sostenía, a mi entender sin base legal para ello, que podía cometerse este delito por desatender la vigilancia obligada, aun cuando no se hubiese materializado el abandono. Valga, por todas, la Sentencia de 5 de diciembre de 1984, según la cual, comete el delito de abandono de puesto «el centinela que se introduce en un hangar dentro de la zona de vigilancia asignada, pero cuya observancia interior no estaba incluida en la consigna recibida» (RJ 1984\6686).

44 En este sentido, A. Granados, según el cual, incurre en abandono de puesto el centinela que, tratándose de un puesto móvil, «no efectúa el recorrido a que le obliga el servicio», lo que le lleva a admitir la posibilidad de formas omisivas de comisión de este delito. Cfr. A. Granados Castillo, «Delitos contra los deberes del centinela», cit., p. 1681.

más la conminación punitiva no se limita a desvalorar dicha infracción. Antes bien, en el tipo legal se contiene una forma específicamente determinada de incumplir el aludido deber (el abandono de puesto), razón por la cual no pueden incluirse otras conductas sin quebrantar, con ello, el principio de tipicidad y el de legalidad, que exigen ineludiblemente la efectiva constatación del comportamiento descrito en el artículo 146 del Código penal militar.

Se trata, por tanto, de un delito de acción, porque lo determinante es el abandono del puesto por parte del centinela que ha asumido dicho servicio⁴⁴. La falta de presentación, la incomparecencia para asumir el puesto podrá constituir una infracción disciplinaria u otro delito (incluso, en su caso, como incumplimiento de un deber militar fundamental del artículo 157.4.º), pero no el de abandono de puesto, que requiere haber asumido ya el servicio de armas como centinela.

El abandono de puesto es un delito formal o de simple actividad, por cuanto la acción se agota con la actuación conforme a la norma por parte del agente, sin requerirse, en ningún caso, resultado exterior alguno. Integra, asimismo, un delito de peligro abstracto, pues la concreción de éste se presume por la ley, no siendo necesaria para la realización típica total. La efectiva creación de un peligro e incluso la lesión de

un bien jurídico son momentos irrelevantes ulteriores a la acción típica, consecuencias situadas más allá del injusto descrito en la ley⁴⁵.

No procede, por cuanto antecede, la consideración del problema del nexo causal en esta figura, toda vez que en los delitos formales o de simple actividad no se necesita relación de causalidad alguna entre el movimiento corporal y un resultado que, de existir, no se toma jurídicamente en consideración.

Tampoco cabe hablar de objeto de la acción, por cuanto, como afirma la doctrina, en los delitos de simple actividad, al consumarse la infracción en un puro movimiento corporal sin requerirse alteración exterior alguna, «la conducta típica no puede encontrar materialización efectiva en ninguna realidad del mundo exterior»⁴⁶.

3. Culpabilidad

El delito de abandono de puesto, dada su sustancial configuración objetiva, sólo requiere, en la actuación típica del sujeto, el dolo genérico, consistente en la conciencia de la antijuridicidad del hecho y en la voluntad de realizarlo⁴⁷, esto es, en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo descrito en la ley y en la voluntad de

44 Vid., en el mismo sentido, R. Venditti, *I reati contro il servizio militare*, cit., p. 48.

45 La configuración del abandono de puesto como un delito de peligro abstracto está generalizada en la doctrina italiana. Así, según Venditti, se trata de un delito «en el que no es necesario que se produzca un daño: el peligro se deriva automáticamente del comportamiento del sujeto activo». Cfr. R. Venditti, *I reati contro il servizio militare*, cit., p. 48. En el mismo sentido, A. Manassero, *I Codici penali militari*, vol. II, cit., p. 99; y M. Lo Cascio, *Diritto penale militare*, cit., p. 139. En la doctrina brasileña, vid. J. C. de Assis, *Comentários ao Código penal militar*, 6.ª edic., Juruá Edit., Curitiba, 2007, pp. 399-400.

46 Cfr. M. Polaino Navarrete, *El bien jurídico protegido en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1974.

47 Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1997 (RJ 1997\6059).

ejecutarlo, sin exigirse un específico ánimo de ausentarse del puesto⁴⁸.

El dolo se contrae, pues, como en cualquier otro delito, a la conciencia y voluntad en la realización del tipo del injusto, lo que reitera la jurisprudencia cuando afirma que el abandono del puesto ha de ser «consciente y deliberado»⁴⁹, o, lo que es igual, «que el centinela tenga conciencia y voluntad de realizar el tipo del injusto»⁵⁰.

En el abandono de puesto no es punible la culpa, por cuanto, en la legislación penal militar, «las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente así se disponga» (art. 20.2 CPM). Sin embargo, en su actual configuración, no existen obstáculos técnico-jurídicos que impidan concebir conceptualmente la comisión culposa de este delito, que se dará cuando la realización del tipo del injusto se debió, no ya a un comportamiento consciente y querido, sino a la omisión de aquella diligencia que le era debida.

4. Penalidad

En el tipo básico de abandono de puesto que analizamos, la pena (seis meses a seis años de prisión) resulta adecuada y

coherente con los criterios de política criminal que informan la legislación penal militar. Como señala el Tribunal Supremo, este delito «ha merecido desde siempre una mayor severidad, pues entraña la forma más absoluta de incumplimiento de la prestación del servicio por inobservancia del deber de permanencia»⁵¹, de forma que «la represión penal que el legislador acordó para quienes abandonen el puesto de centinela responde efectivamente a la importancia y trascendencia de la transgresión que se comete»⁵².

Resulta especialmente acertada la amplitud de la extensión de la pena, que permite su adecuada graduación, teniendo en cuenta, conforme a lo previsto en el artículo 35 del Código Penal Militar, además de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran, la personalidad del culpable, su graduación, la naturaleza de los móviles que le impulsaron y la trascendencia del hecho.

5. Caracteres negativos

a) Entre las *causas de ausencia de acción típica* debe incluirse la *fuerza irresistible*, por cuanto, aun no enumerada como eximente legal en los artículos 19 y 20 del Código penal, es evidente que si concurre

48 Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 30 de octubre de 1984 (RJ 1984\6717).

La misma configuración se advierte en la legislación italiana, respecto a la que igualmente, en sede de culpabilidad, se destaca por la doctrina la suficiencia del dolo genérico en la integración del tipo subjetivo del abandono de puesto. Cfr., entre otros, R. Venditti, *I reati contro il servizio militare*, cit., p. 51; y A. Manassero, *I Codici penali militari*, vol. II, cit., p. 99.

49 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1993 (RJ 1993\7104).

50 Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1991 (RJ 1991\6721), 28 de febrero de 1994 (RJ 1994\1608), 3 de octubre de 1995 (RJ 1995\6971) y 4 de junio de 2001. Según este último pronunciamiento, el sujeto es culpable porque «actuó voluntariamente y con conocimiento de la ilicitud de su acción, que son los dos ingredientes, volitivo y cognitivo, de que se nutre el concepto tradicional de dolo» (REDM, JP, p. 277).

51 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1993 (RJ 1993\7104).

52 Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2001 (REDM, JP, p. 277).

no hay acción, porque, en definitiva, en tal supuesto no depende de la voluntad del sujeto la realización o no del tipo del injusto.

Dado el carácter externo o exógeno del hecho que, en la fuerza irresistible, debe anular la voluntad del agente, resulta difícil concebir esta eximente en el delito estudiado, por cuanto se requeriría una violencia física que hiciese al sujeto abandonar su puesto de centinela⁵³.

Y no son factibles supuestos de incapacidad psíquica de acción, por cuanto el delito del artículo 146 del Código penal militar requiere una conducta activa consistente en el abandono material del puesto de centinela.

b) De las *causas de justificación* resulta incompatible con este delito el *ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo* (art. 20.7.º CP), pero podría concurrir la *legítima defensa* (art. 20.4.º CP) cuando, tras una agresión ilegítima, la misma requiriese una actuación del centinela que comportase el abandono del puesto. También excluiría la antijuridicidad el que la conducta fuese ordenada por un superior jerárquico, esto es, que el centinela actuase por obediencia debida, circunstancia que, en el Código penal vigente, habría que incluir en el *cumplimiento de un deber* del artículo 20.7.º⁵⁴

Pero, en la práctica, la causa de justificación más controvertida en este delito es, sin duda, el *estado de necesidad* (art. 20.5.º CP), frecuentemente alegado por las

defensas y casi siempre rechazado por los tribunales. Al respecto, pueden formularse las consideraciones siguientes:

- 1.^a El estado de necesidad se reduce a aquellos supuestos en que el sujeto debe optar entre infringir el deber de permanencia en el puesto de centinela o sufrir la destrucción de un bien jurídico propio. Si cabe cualquier otra posibilidad con la que resolver el conflicto, ya no se puede hablar de una situación de necesidad relevante a estos efectos. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, en relación a este delito, cuando advierte que, para la apreciación de la eximente, es necesario «haber agotado las vías legítimas para la salvaguarda de los bienes en colisión [...]: los recurrentes pudieron acudir a otros medios para eludir el frío reinante durante las dos horas que les correspondía desempeñar la labor de centinela, antes que abandonar sus respectivos puestos, tales como hacer uso de los interfonos de las garitas para solicitar más ropa de abrigo o incluso instar un relevo anticipado si existía riesgo de congelación»⁵⁵. Esta doctrina es reiterada por otros pronunciamientos en los que se niega la apreciación de la alegada eximente de estado de necesidad en tanto el centinela «pudo recabar el auxilio necesario del Cuerpo de Guardia con el que se podía comunicar por interfono»⁵⁶, «pudo utilizar

53 Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994 (BJM, 12, p. 134).

54 Excluye, desde luego, la antijuridicidad la autorización del superior para que el centinela cese en su función. En tal supuesto, aun cuando siendo la autorización por un tiempo determinado, el militar se exceda del mismo, su ausencia podrá constituir otra infracción, pero no integrará el delito de abandono de puesto. R. Venditti, *I reati contro il servizio militare*, cit., pp. 50-51.

55 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 1994 (BJM, 12, p. 21).

56 Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1997 (RJ 1997\6059).

el interfono para dar cuenta de la aludida presunta indisposición»⁵⁷, «tenía a su disposición medios para solicitar de quien podía autorizarlo la satisfacción de la necesidad surgida»⁵⁸ o «debió solicitar del Comandante de la Guardia de Seguridad el relevo o sustitución en el servicio, haciendo uso del medio de comunicación instalado en el puesto»⁵⁹.

- 2.^a La situación conflictiva, que en todo caso ha de revestir gravedad, requiere una valoración que relacione el deber infringido y la necesidad a que se atiende. Esta valoración, que necesariamente ha de basarse en módulos jurídicos, no puede ser efectuada tan sólo tomando en consideración el criterio derivado de la legislación penal, dado que la gravedad siempre mayor de las penas en el Código castrense, impediría destacar la relevancia real de los bienes contrastados.

En cualquier caso, el cansancio, el frío, el sueño, la sed o la incomodidad en el servicio, según el Tribunal Supremo, «no pueden constituir un mal de entidad suficiente para compararlo, y menos aún para anteponerlo en su protección, al deber de prestar el servicio de centinela»⁶⁰, dada su trascendental misión, «al no ser un puesto de servi-

cio ordinario, sino caracterizado por la vigilancia de la seguridad general, personal y material de la Unidad»⁶¹.

- 3.^a Finalmente, conforme a la doctrina general, se requiere que el estado de necesidad no haya sido provocado intencionadamente y que no tenga el necesitado, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. Siendo el de centinela uno de los servicios de armas que pueden corresponder al militar por su condición, hay que convenir con el Tribunal Supremo en que no podrá aplicarse la eximente cuando se trate de grados de sacrificio o riesgo que, como militar, deban ser asumidos por el centinela⁶².

c) De las *causas de inimputabilidad*, en el delito de abandono de puesto de centinela es concebible la *anomalía o alteración psíquica o mental* (art. 20.1.º, ap. 1 CP)⁶³.

Dicha eximente, en éste como en otros delitos militares, concurría más frecuentemente antes de la suspensión desde 2002 del servicio militar obligatorio, cuando, dado el escaso rigor de los criterios de selección, accedían a filas sujetos carentes del nivel psíquico exigible en las fuerzas armadas. De todas formas, en la actualidad, no son descartables supuestos de anomalías o alteraciones psíquicas que comporten la

57 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2001 (RJ 2001\4375).

58 Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2001 (REDM, JP, p. 277).

59 Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2005 (s/ref.).

60 Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 1994 (BJM, 12, p. 21) y 22 de noviembre del mismo año (BJM, 12, p. 134).

61 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2001 (RJ 2001\4375).

62 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 1994 (BJM, 12, p. 21).

63 Respecto a la eximente prevista en el artículo 20.2.º del Código penal, debe tenerse en cuenta que el artículo 148 del Código penal militar tipifica la conducta del militar que, en acto de servicio de armas [el del centinela, entre otros], «voluntaria o culposamente se embriagare o drogare, resultando excluida o disminuida su capacidad para prestarlo». Vid. J. M. Claver Valderas, «Embriaguez en acto de servicio», en Comentarios al Código penal militar, coord. por R. Blecua Fraga y J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Civitas, Madrid, 1988, pp. 1693-1724.

inimputabilidad de quien las padece, porque, a causa de ellas, no podían comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Este tema sigue estando conectado a la exclusión para el servicio que determina la declaración de inutilidad por motivo de deficiencia psíquica, porque cabe cuestionarse si puede cometer un delito militar (en este caso, el abandono de puesto) quien, por razón de su anomalía o alteración mental, no debía haber ingresado en las fuerzas armadas.

En cuanto a la condición militar del sujeto, lo que comporta una cuestión previa de tipicidad, resulta irrelevante la posterior exclusión: quien ingresó indebidamente en las fuerzas armadas (por no detectarse su padecimiento psíquico en los pertinentes exámenes médicos) es militar y como tal está sujeto a las obligaciones propias, entre ellas las derivadas del servicio de centinela cuando lo preste. Otra cosa es que, en sede de culpabilidad, la anomalía o alteración psíquica padecida determine efectivamente la inimputabilidad, lo que habrá de concretarse en cada caso, a la vista del alcance del concreto padecimiento que se aprecie.

Así lo ha entendido, en referencia a este delito, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según el cual, «no hay que confundir la declaración de exención del servicio militar por padecimientos o enfermedades psíquicas o mentales con el grado de imputabilidad»⁶⁴. Una cosa es, pues, la exclusión de las fuerzas armadas por razones psicológicas (que pueden provenir de una enajenación completa o incompleta o de simples trastornos de personalidad) y otra, diferente, es

la exención de responsabilidad penal, por cuanto una persona responsable penalmente puede no ser apta para las fuerzas armadas: «el padecimiento de ciertas enfermedades mentales, como pueden ser una psicopatía o una depresión, no implica, por sí solo, que se tenga al excluido por inimputable en relación con los actos ilícitos que haya podido cometer en el desempeño de tareas específicamente castrenses, sino sencillamente que se le declara inidóneo para adaptarse, sin traumas ni disfuncionales conflictos, a las peculiares exigencias de la vida militar»⁶⁵. En definitiva, según nuestro Alto Tribunal, la posterior exclusión de las fuerzas armadas no comporta, necesariamente, la anulación de la imputabilidad penal, «puesto que las bases médicas y jurídicas para una y otra no son coincidentes»⁶⁶.

El *trastorno mental transitorio* (art. 20.1.º, ap. 2 CP) también puede ser causa de inimputabilidad en este delito, respecto al cual no es óbice su breve duración. El trastorno consiste en una intensa perturbación de las facultades psíquicas caracterizado, desde el punto de vista de la duración, por su brevedad (pues, superada la crisis, la alteración remite sin dejar huellas), que impide en el sujeto la capacidad de actuar culpablemente.

En todo caso, la exigencia jurisprudencial de una base patológica y, de modo especial, la dificultad de los peritajes psiquiátricos, que necesariamente han de ser retrospectivos, restringen, de manera notable, la apreciación de esta eximente.

a) Son *causas de inculpabilidad* recogidas en el régimen general de eximentes

64 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1989 (JTS, p. 288).

65 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1991 (RJ 1991\6725).

66 Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1990 (RJ 1990\6170).

penales el estado de necesidad en caso de conflicto de bienes de igual valor (art. 20.7.º CP), el miedo insuperable (art. 20.6.º CP) y el error invencible (art. 14 CP).

El *miedo insuperable*, a diferencia de lo que acontece en otros delitos militares, como el de cobardía, no es incompatible con el abandono de puesto por el centinela, aun cuando será difícil su apreciación como eximente, ya que esta circunstancia se refiere no a aquellas hipótesis en que, como consecuencia del miedo, queda excluida la acción típica o el agente resulta inimputable (psicosis, trastorno mental transitorio...), sino a supuestos en los que, pese al sentimiento de miedo, el sujeto cuenta con un margen de opción para soportarlo o, por el contrario, eludirlo realizando el acto punible. Y, en dichas situaciones, la aplicación del artículo 20.6.º del Código Penal al centinela debe ser muy restrictiva, no sólo por la específica instrucción que se da a los miembros de las fuerzas armadas para superar el miedo, sino, especialmente, por la obligación que tiene, como militar, de hacer frente al peligro en las situaciones de riesgo⁶⁷.

En cuanto al error, no es fácil que concurra el *error sobre el tipo*, al excluirse el incidente en todos los elementos que no dependen de la voluntad del sujeto, porque, al no poder ser «queridos», resulta irrelevante su conocimiento o no en orden a la constatación de la culpabilidad.

Más concebible resulta el *error de prohibición* al tratarse de un delito militar propio. Esta eximente la apreció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de abril de 1990, absolviendo al recurrente del delito de abandono de puesto de centinela por el que había sido condenado. Destaca el Alto Tribunal cómo, en el error de prohibición, no falta un conocimiento de los elementos configuradores de la tipicidad, sino que «la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal, máxime en el caso debatido en el que se trata de hechos relativos al servicio militar para el que, como se ha dejado relatado, el procesado no reunía aptitudes»⁶⁸.

Esta eximente concurrirá cuando el sujeto crea estar amparado por una causa de justificación inexistente, siempre y cuando el error sea invencible. El Tribunal Supremo no consideró invencible el error en los supuestos de los centinelas que abandonaron sus puestos en la creencia de que podían hacerlo ante la acuciante necesidad de beber⁶⁹ o por un fuerte dolor de muelas⁷⁰.

6. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

a) Entre las *circunstancias atenuantes* es la eximente incompleta de alteración psíquica (art. 21.1.ª en relación con el art. 20.1.º, ap. 1 CP) la más frecuentemente

67 Vid. J. M.ª Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*, Parte General, 12.ª edición, revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 1989, pp. 645-648.

Más allá va Higuera Guimerá, para quien, si se considera el miedo insuperable como una causa de inculpabilidad, esta eximente no es aplicable a los militares dada la exigencia de un mayor nivel de exigibilidad. Cfr. J.-F. Higuera Guimerá, *La eximente de miedo insuperable en el Derecho penal común y militar español*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 181 y 220-221.

68 JTS, p. 219.

69 Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2001 (REDM, JP, p. 277).

70 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2005 (s/ref.).

alegada, exigiendo al respecto los tribunales que «el supuesto padecimiento hubiera alterado en el sujeto su capacidad de entender y querer»⁷¹. Sólo entonces podrá ser apreciada, no surtiendo, en casación, efecto alguno cuando, en instancia, la pena impuesta por el delito de abandono de puesto lo haya sido en su extensión mínima (seis meses de prisión)⁷². Lo mismo acontece en orden a la eximente incompleta de trastorno mental transitorio (art. 21.1.^a en relación con el art. 20.1.^o, ap. 2 CP).

No es fácil la apreciación de la circunstancia de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante (art. 21.3.^a CP), habida cuenta la restrictiva doctrina jurisprudencial que requiere, para su apreciación, la existencia de una circunstancia de carácter exógeno de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de las facultades psíquicas con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente, ambas atendiendo tanto a las circunstancias objetivas del hecho como a las subjetivas que se aprecian en el infractor al tiempo de la ejecución, y que tales estímulos no sean repudiados por las normas socioculturales que rigen la convivencia, siendo indudable que «de un visible estado de alteración y nerviosismo no puede deducirse la existencia de una conmoción psíquica de furor susceptible de disminuir la capacidad intelectual o volitiva del que la padece»⁷³.

Tampoco resultan de fácil concurrencia, las atenuantes específicas previstas

en el artículo 22 del Código penal militar, esto es, no haber transcurrido treinta días desde que el sujeto activo se incorporó a las fuerzas armadas y haber precedido, por parte del superior, inmediata provocación o cualquier otra actuación injusta que naturalmente produjese en el centinela un estado pasional o emocional intenso.

b) De las circunstancias agravantes comunes, esto es, de las previstas en el artículo 22 del Código penal, sólo es concebible, en relación con este delito, la tercera, si se abandonase el puesto por «precio, recompensa o promesa». También, como específica circunstancia de agravación, cabe apreciar la reincidencia cuando el sujeto que presta (y abandona) el puesto de centinela había ya sido condenado ejecutoriamente por un delito de quebrantamiento de servicio, por cualquier otro delito al que el Código penal militar señale pena igual o mayor o por dos o más delitos a los que aquél señale pena menor (art. 22 CPM).

7. Formas de aparición

a) Grados de ejecución

El delito se consuma cuando se realiza íntegramente el tipo del injusto, esto es, cuando se ha llevado a cabo, en todos sus términos, la conducta prevista en la ley. Al ser la infracción tipificada en el artículo 146 del Código Penal Militar un delito formal o de simple actividad, su consumación se produce con la actuación conforme a la norma por parte del agente, sin requerirse, en ningún caso, un resultado exterior.

71 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2005 (s/ref.).

72 Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2005 (s/ref.).

73 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2005 (s/ref.).

Así lo ha entendido la doctrina⁷⁴ y también la jurisprudencia, según la cual, este delito se consuma «en el momento mismo que el abandono se produce»⁷⁵ y tiene lugar dicho abandono «tan pronto como el centinela se aleja o se traslada a cualquier punto desde el que le resulta imposible cumplir con la función que tiene atribuida»⁷⁶.

Pese a las dificultades prácticas que comporta, no existen obstáculos técnico-jurídicos que impidan apreciar la tentativa inacabada en este delito, especialmente cuando se trate de un puesto móvil: si el sujeto inicia el abandono de la zona de vigilancia que le ha sido asignada, pero no puede materializarlo por causa ajena a su voluntad, como el hecho de ser descubierto en su intento, se estará técnicamente ante una tentativa.

Por el contrario, no parece concebible la tentativa acabada, por cuanto la práctica por el sujeto de los actos de ejecución en su integridad, esto es, el abandono del puesto ocupado, comporta la ausencia de la zona de vigilancia asignada y, con ello, la consumación del delito. Esto es, o no se culmina el abandono, con lo que la ejecución fáctica resulta incompleta, o, materializado éste, se consuma el delito del artículo 146 del Código penal militar, supuesta la concurrencia de los demás elementos típicos⁷⁷.

b) Autoría y participación

Es autor quien lleva a cabo el comportamiento que la norma descubre y castiga, quien realiza el tipo del injusto. Y, en el abandono de puesto, delito propio o especial, sólo puede serlo un militar que haya asumido el servicio de centinela en los términos ya expuestos. Así lo ha señalado la jurisprudencia, para la que el abandono de puesto es un delito de propia mano⁷⁸, «que no admite otra autoría posible que la de quien desempeña el servicio de centinela»⁷⁹. No es concebible la autoría mediata, pues nadie puede cometer un abandono de puesto de centinela, sirviéndose de otro como instrumento.

Nada impide, sin embargo, la participación de quienes no sean centinelas (y la de quienes ni incluso ostenten la condición de militar) a título distinto del de autor. De hecho, es posible la inducción, el auxilio, necesario o no, y el encubrimiento, en este caso con los particularismos del artículo 23 del Código penal militar⁸⁰.

8. Concursos

El delito de abandono de puesto de centinela (art. 146 CPM), según se ha señalado, comporta sustancialmente un abandono de servicio de armas (art. 144 CPM), de forma que, entre ambos tipos penales, se

74 Cfr. A. Granados Castillo, «Delitos contra los deberes del centinela», cit., p. 1682.

En la doctrina italiana este parecer es unánime. Valga, por todos, M. Lo Cascio, *Diritto penale militare*, cit., p. 139. Y, en la doctrina brasileña, J. C. de Assis, *Comentários ao Código penal militar*, cit., p. 399.

75 Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 30 de octubre de 1984 (RJ 1984\6717).

76 Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8046).

77 Vid. A. Hernández Corral, *El abandono en el Derecho penal especial*, tesis inédita, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, s/f, p. 76.

78 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1993 (RJ 1993\7104).

79 Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 17 de abril de 1985 (RJ 1985\6617).

80 Cfr. A. Granados Castillo, «Delitos contra los deberes del centinela», cit., p. 1683.

da un concurso de normas que ha de resolverse a favor del delito especial, castigado con una pena mayor. Como señala el Tribunal Supremo, «el tipo del artículo 146 del Código penal militar está en relación de especialidad con el del artículo 144, toda vez que quien abandona un puesto de centinela comete siempre un abandono de servicio de armas»⁸¹.

Lo mismo ocurre con relación al delito previsto en el artículo 147, por cuanto el abandono de puesto es el más grave incumplimiento de deberes por parte del centinela, el quebrantamiento más absoluto de la consigna recibida, y de ahí su tipificación expresa con pena mayor, de forma que el concurso de normas se resolverá, también, en todo caso, a favor del precepto especial⁸².

Habrà concurso (ideal) de delitos cuando el abandono del puesto de centinela sea medio necesario para cometer otro delito, por ejemplo, cuando se lleve a efecto para ausentarse de su unidad con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares (deserción: art. 120 CPM). Si no se da la relación de medio a fin, el concurso será real⁸³.

VI. EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

1. Concepto: delimitación de otras figuras afines

El delito de incumplimiento de obligaciones o quebrantamiento de consigna debe delimitarse del –antes examinado– delito de abandono del puesto de centinela y de la infracción grave prevista en el número 6 del artículo 8.º de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

a) La delimitación del quebrantamiento de consigna respecto al delito previsto en el artículo 146 del Código penal militar se desprende de la propia conformación normativa de ambos tipos: mientras que el delito de abandono de puesto requiere la ausencia física del mismo, el quebrantamiento de consigna lo comete el centinela que, permaneciendo en su puesto o en el lugar cuya vigilancia tiene asignada, incumple, de alguna manera, sus deberes propios⁸⁴. En el supuesto que ahora nos ocupa, el centinela incumple, en definitiva, cualquier obligación que no sea la de presencia en el lugar en que debe cumplir su

81 Sentencia de 23 de mayo de 2002 (REDM, JP, p. 211). En el mismo sentido, las Sentencias de 24 de septiembre de 1993 (RJ 1993\7104), 8 de junio de 1998 (RJ 1998\6577) y 11 de octubre de 1999 (REDM, 74, II, p. 475).

82 La doctrina italiana ha insistido en cómo el abandono de puesto es, en realidad, una figura cualificada del quebrantamiento de consigna: «cuando al militar se encomienda un determinado puesto, la obligación de permanecer en él forma parte de la consigna, es más, constituye presupuesto indispensable para su cumplimiento», siendo por ello el abandono de puesto una forma, la más grave, de quebrantar la consigna. Cfr. R. Venditti, *I reati contro il servizio militare*, cit., p. 39. Y, en el mismo sentido, V. Veutro, *Manuale di Diritto e de procedura penale militare*, cit., pp. 339.

83 En este sentido, A. Hernández Corral y A. Granados, quienes señalan cómo era ésta la posición de la jurisprudencia anterior al Código penal militar, según la cual hay concurso ideal siempre que «el abandono de puesto de centinela fue utilizado por el procesado como medio necesario para realizar la deserción, buscando o aprovechando la ocasión considerada por él como más propicia para llevar a cabo su propósito final» (Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 3 de febrero de 1965). Cfr. A. Hernández Corral, *El abandono en el Derecho penal especial*, cit., p. 77, y A. Granados Castillo, «Delitos contra los deberes del centinela», cit., pp. 1684-1684.

84 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1993 (RJ 1993\7104).

cometido⁸⁵. Como ya se ha señalado, toda acción u omisión del centinela contraria a sus obligaciones que no comporte el abandono de su puesto, podrá constituir, de darse los demás elementos típicos, el delito de quebrantamiento de consigna previsto en el artículo 147 del Código penal militar⁸⁶.

b) Por su parte, la delimitación de este delito respecto a la falta grave prevista en el

artículo 7.15 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas⁸⁷ radica en las consecuencias de la infracción: mientras en el delito se ocasiona grave daño al servicio, la falta grave presupone, por expresa exigencia normativa, la ausencia de dicho daño grave⁸⁸.

La dificultad reside en la valoración de la gravedad o no del daño que, para el

85 Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8046).

86 Vid. infra, ap. V.2.

87 Esta falta grave tiene sus antecedentes en los artículos 8.6 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, y 9.5 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, reguladoras ambas del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y que, respecto a este ilícito, ofrecieron la misma redacción: «incumplir las obligaciones del centinela o de otro servicio de armas, transmisiones o guardia de seguridad, en tiempo de paz, siempre que no se causare grave daño para el servicio». Vid., sobre esta falta grave, L. Álvarez Roldán y R. Fortún Esquivino, *La Ley Disciplinaria Militar*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pp. 161-165; A. Esquivias López-Cuervo, F. Joly Palomino y M. A. Martín Vicente, *Comentarios a la Ley Disciplinaria Militar (Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas)*, Ingrasa, Puerto Real, 1999, pp. 118-119; J. Rodríguez Ten, *Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*, Aranzadi, Elcano, 2000, p. 94; J. Rojas Caro, *Derecho disciplinario militar*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 184-185; J. Rojas Caro, «Incumplimiento de obligaciones de servicio de armas, transmisiones o guardia de seguridad, sin daño para el servicio», en *Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas*, coord. por J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Centro de Publicaciones del Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, pp. 317-318.

La correlativa falta leve es la prevista en el artículo 6.11 de la vigente Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, consistente en la «inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones del destino o puesto, así como en la prestación de cualquier tipo de guardia o servicio». Más precisa era la redacción de esta falta en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de 1998, cuyo artículo 7.4 se refería a «la inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones de un servicio de armas o guardia de seguridad», la cual, a su vez, tenía su antecedente inmediato en las infracciones contenidas en los números 1.º (negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del puesto), 2.º (inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas), y 3.º (inexactitud en el cumplimiento de las normas sobre seguridad militar) del artículo 8.º de la Ley Disciplinaria Militar de 1985.

Distinto alcance ofrece la infracción leve prevista en el artículo 6.18 del texto vigente («la falta de puntualidad o el abandono temporal de los actos de servicio»), que, a mi entender, no resulta de aplicación al servicio de centinela.

Respecto a una eventual corrección de los hechos en vía disciplinaria, previo a su enjuiciamiento penal, el Tribunal Supremo tiene declarado que, con independencia del abono al condenado del arresto disciplinario cumplido, «no se infringe el principio non bis in idem, porque, aun existiendo identidad subjetiva y objetiva, no concurre el mismo fundamento representado por la identidad del bien jurídico protegido, que en el caso de la falta se concreta en el valor disciplina tan clamorosamente infringido, mientras que la reacción penal se corresponde, además, con el quebrantamiento de los deberes específicos inherentes al desempeño del servicio de centinela (desvalor de la conducta), y los resultados hipotéticos derivados del abandono de tan esencial cometido en el funcionamiento de los ejércitos», añadiendo cómo «el reproche disciplinario encuentra su fundamento en la relación de sujeción especial que liga al procesado con las Fuerzas Armadas a virtud del compromiso profesional asumido por éste, mientras que la imposición de la pena es consecutiva a la realización del tipo previsto en el artículo 146.3 del Código penal militar; y la conjunción de ambos reproches abarca la total antijuridicidad del acto»: Sentencia de 30 de mayo de 2005 (s/rf⁸⁸).

88 Como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1991, que se ocasione grave daño al servicio es «requisito esencial para que el incumplimiento devenga delictivo» (RJ 1991\8046).

servicio, comporte el incumplimiento del centinela, lo que, en suma, implica un juicio de valor referido al resultado o consecuencias que se deriven de la acción u omisión del agente⁸⁹.

Al respecto, lo primero que debe precisarse es que el daño grave a que se contrae este elemento normativo del tipo previsto en el artículo 147 del Código Penal Militar, viene referido, no directamente a las personas o bienes cuya seguridad se protege, sino al propio servicio encomendado al centinela, de forma que puede ocasionarse un «grave daño al servicio» sin que se aprecie perjuicio material alguno⁹⁰.

En esta línea se ha manifestado el Tribunal Supremo, para el que «la exigencia de grave daño del artículo 147 del Código penal militar se refiere a la realización del servicio, que puede originar un incumplimiento total o parcial y que ha de ser una alteración que ocasione detrimento, perjuicio o menoscabo (que es en lo que consiste la palabra “daño”), pero que no requiere que ese daño sea material, pues sin él puede el servicio quedar incumplido y, por ende, gravemente dañado, y, aunque el delito exige ciertamente la producción de un resultado, ello no quiere decir que éste sea material, pues el “grave daño” lo es con relación al servicio y es obvio que puede originarse un grave daño al servicio sin que se haya producido daño alguno material o que éste sea de poca monta»⁹¹.

Lo anterior no puede, sin embargo, conducir a que todo incumplimiento de las

obligaciones del centinela, so pretexto de la relevancia y eventual trascendencia de este servicio, suponga un grave daño al mismo. Es necesario que, como consecuencia de tal incumplimiento, pueda constatarse un perjuicio efectivo al servicio y que ese perjuicio sea grave, esto es, «de mucha entidad o importancia».

El incumplimiento o desatención de los servicios de seguridad, en concreto el de centinela, se traduce normalmente en un aumento del riesgo para los bienes vigilados y, en su caso, en daños personales o materiales. A mi entender, grave daño al servicio habrá, desde luego, siempre que, como consecuencia del quebrantamiento de la consigna recibida, se produzcan perjuicios efectivos y materiales en personas o bienes y éstos sean importantes. Pero, aun no produciéndose dichos perjuicios, habrá daño al servicio cuando, a causa del incumplimiento del centinela, se dé una situación de riesgo añadido, siendo el daño calificable de grave cuando el aumento del riesgo ocasionado haya sido de mucha entidad o importancia.

Éste es el sentido que, en mi opinión, debe darse a un precepto en cuya redacción no fue ajeno el §44.2 de la Ley penal militar alemana, que castiga a quien, sin abandonar su puesto, «quebrante la consigna del servicio y, con ello, ocasione, incluso por imprudencia, una *consecuencia grave*», siendo «consecuencia grave» (*schwerwiegende Folge*), según el §2.3 de la propia Ley, «todo riesgo para la seguridad de la

89 Cfr. L. Álvarez Roldán y R. Fortún Esquifino, *La Ley Disciplinaria Militar*, p. 165.

90 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1994 (RJ 1994\2513).

91 Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2009 (RJ 2010\1591), recogiendo la doctrina establecida en anteriores pronunciamientos, como los de 21 de marzo de 1994 (RJ 1994\2513) y 12 de febrero de 2009 (RJ 2009\1591). Cfr. «Incumplimiento de los deberes de centinela: delito de riesgo/resultado», en *Crónicas del Tribunal Supremo* (Sala 5.^a), año 2008-2009, pp. 351-352.

República federal de Alemania, para el potencial bélico de sus fuerzas armadas, para la vida o integridad física de las personas o para bienes ajenos de valor considerable».

En definitiva, cuando el incumplimiento de sus obligaciones por parte del centinela ocasione perjuicios efectivos de entidad o un incremento considerable del riesgo se producirá un grave daño para el servicio y la infracción será delictiva. De no constatarse perjuicios materiales o personales importantes o un mayor riesgo sustancial, el quebrantamiento constituirá sólo un ilícito disciplinario grave.

2. Elementos

a) Como destaca el Tribunal Supremo, el primer elemento integrador del tipo delictivo descrito en el artículo 147 del Código penal militar es el propio *sujeto activo*, necesariamente un militar que ostente la condición de centinela conforme a lo previsto en el artículo 11 del texto punitivo castrense⁹², siendo aquí de aplicación cuantas consideraciones se han formulado con anterioridad⁹³. *Sujeto pasivo*, como en todos los delitos militares, lo es el Estado, cuyo potencial defensivo se ve afectado a través del daño o perjuicio que se opera en el servicio y, por ende, en la seguridad de las fuerzas armadas.

b) El *núcleo de la conducta* lo constituye el *incumplimiento* por parte del centinela de alguna de sus obligaciones que no

sea la de permanencia en el enclave o zona de vigilancia, cuyo quebranto comporta el delito de abandono de puesto ya examinado⁹⁴. Incumplir es no llevar a efecto la conducta debida conforme a la ley y a los reglamentos reguladores del servicio de armas asumido y las órdenes o consignas recibidas. El incumplimiento puede ser total o parcial, transitorio o definitivo, pero ha de revestir carácter sustancial, esto es, ha de constatarse una falta de cumplimiento, no un cumplimiento inexacto, una inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones del servicio, que sólo podría integrar un ilícito disciplinario.

Incumple sus obligaciones el centinela que permite el acceso a quien no lo tiene autorizado⁹⁵, el que se introduce en un automóvil para apoderarse de su radio⁹⁶ o el que se duerme en la zona de vigilancia⁹⁷ o en el interior del vehículo en el que prestaba servicio⁹⁸.

c) El incumplimiento de la obligación por parte del centinela ha de ocasionar *grave daño al servicio*. Ha de constatarse un daño (perjuicio personal o material o un mayor riesgo) y éste ha de ser grave (esto es, de mucha entidad o considerable importancia). El daño y, especialmente, su gravedad constituyen un elemento normativo cuya constatación queda, en último término, al juicio de valor que efectúe el juzgador conforme a las circunstancias concretas concurrentes en cada caso. Ello hace que, a diferencia del abandono de puesto, éste sea

92 Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2009 (RJ 2009\1591).

93 Vid. infra III y V.1.

94 Tampoco integran este delito la embriaguez o la drogadicción del centinela, que vienen expresamente tipificadas en el artículo 148 del Código Penal Militar.

95 Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 5 de diciembre de 1984 (RJ 1984\6742).

96 Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 26 de noviembre de 1986 (RJ 1986\8024).

97 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1993 (RJ 1993\7104).

98 Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2004 (s/rfª) y 12 de febrero de 2009 (RJ 2009\2240).

un delito material en el que se exige un resultado, el grave daño al servicio, que ha de ser «ocasionado» (relación de causalidad) por el incumplimiento.

d) Respecto a la *culpabilidad*, el tipo subjetivo de este delito no requiere ninguna intencionalidad o móvil específico en el agente que opere como elemento subjetivo del injusto, bastando el dolo genérico consistente en conocer los componentes del tipo objetivo (elemento intelectual del dolo) y actuar conforme a dicho conocimiento (elemento volitivo), esto es, «saber lo que se hace y querer lo que se sabe»⁹⁹. No es necesario que el resultado, esto es el grave daño al servicio, sea captado por el dolo del agente, bastando con que sea consecuencia de su actuación¹⁰⁰.

e) En orden a la *penalidad*, de cuatro meses a cuatro años de prisión, considero acertada su extensión, por cuanto, aunque el incumplimiento de sus obligaciones por el centinela sólo se castiga como delito en supuestos de constatada gravedad, éstos nunca justificarían en tiempo de paz una pena superior a la establecida en su límite máximo. En un sentido contrario se ha manifestado Granados Castillo, para quien la pena «debería ser más elevada, al menos en su límite mínimo, pues el señalado de cuatro meses parece insuficiente para castigar una conducta que origina grave daño al servicio»¹⁰¹.

3. Caracteres negativos y circunstancias modificativas

Son posibles, en este delito, causas de ausencia de acción típica cuando, con violencia física, se impida al centinela cumplir con sus obligaciones y, entre las causas de justificación, cabría pensar, aunque con hipótesis más académicas que reales, en supuestos de legítima defensa u obediencia debida (cumplimiento de un deber).

En este delito, lo mismo que en el previsto en el artículo 146 del Código penal militar, la causa de justificación más controvertida es el estado de necesidad, al alegarse con frecuencia como causa determinante del incumplimiento de las obligaciones propias del centinela. Vale la doctrina jurisprudencial ya expuesta en el estudio del abandono de puesto, a la que se refieren otros pronunciamientos referidos al delito de quebrantamiento de consigna, insistiéndose en la exigencia de que el centinela haya agotado todas las posibilidades de resolver el conflicto sin tener que llegar al incumplimiento de sus obligaciones¹⁰².

No ofrecen particularismos en relación a esta infracción las posibles causas de inimputabilidad (anomalía o alteración psíquica o mental y trastorno mental transitorio) ni las de inculpabilidad (miedo insuperable y error invencible), por lo que nos remitimos a lo ya señalado respecto al delito de abandono de puesto de centinela¹⁰³.

99 Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006\2419) y 12 de febrero de 2009 (RJ 2009\2240).

100 Cfr. A. Granados Castillo, «Delitos contra los deberes del centinela», cit., p. 1690.

101 A. Granados Castillo, «Delitos contra los deberes del centinela», cit., p. 1691.

102 Vid. infra V.5.b) y, específicamente sobre este delito, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006\2419).

103 Vid. infra V.5.c) y d).

Tampoco merecen un análisis específico las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, valiendo lo ya expuesto en relación al delito del artículo 146 del Código penal militar¹⁰⁴.

4. Formas de aparición

El delito de quebrantamiento de consigna se consuma cuando, incumplida la obligación por parte del centinela, tiene lugar un grave daño al servicio como consecuencia del incumplimiento. Es posible la tentativa tanto acabada como inacabada.

Autor sólo puede serlo el militar que ha asumido el servicio de centinela. No es concebible, tampoco, la autoría mediata, pues nadie puede incumplir las obligaciones del centinela sin ostentar dicha condición. Pero, lo mismo que en la generalidad de delitos militares, sí cabe la participación de quienes no son centinelas (ni incluso miembros de las fuerzas armadas) a título distinto del de autor, siendo factible la inducción, el auxilio, necesario o no, y el encubrimiento con los particularismos del artículo 23 del Código Penal Militar¹⁰⁵.

VII. LOS DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL CENTINELA COMETIDOS FRENTE A REBELDES O SEDICIOSOS Y EN CIRCUNSTANCIAS CRÍTICAS

El Código prevé, como tipos agravados del abandono de puesto (art. 146.2.º) y del incumplimiento de obligaciones (art.

147.2.º), su comisión frente a rebeldes o sediciosos y en circunstancias críticas:

a) *Frente a rebeldes o sediciosos* lo están las fuerzas terrestres, navales o aéreas siempre que «puedan entrar inmediatamente en combate directo con alguno de ellos o ser susceptible de sus ataques directos» (art. 18 CPM). Por rebeldes hay que entender los que colectivamente se alzan en los términos previstos en el artículo 472 del Código penal común y por sediciosos los autores de una sedición común (art. 544 CP) o militar (arts. 91 y 92 CPM). No se da esta circunstancia respecto a la rebelión militar (arts. 79 y 80 CPM), por cuanto la misma se circunscribe a tiempo de guerra, en que serían de aplicación los artículos 146.1.º y 147.1.º del Código.

Con este tipo agravado lo que pretende el legislador es sancionar con mayor pena los delitos contra los deberes del centinela dada la entidad y eventual trascendencia de la conducta incriminada para la defensa de la normalidad constitucional (rebelión) y del orden público (sedición común) o de la propia disciplina en los ejércitos (sedición militar), especialmente cuando las fuerzas se encuentran próximas a los rebeldes o a los sediciosos y, por ello, cabe la posibilidad de una confrontación directa¹⁰⁶.

b) La expresión *circunstancias críticas* es utilizada por el Código penal militar para la descripción del tipo básico de ciertos delitos o, como en los artículos 146.2.º y 147.2.º, para significar una específica forma de agravación de la conducta, pero, pese a

104 Vid. infra V.6. Asimismo, respecto a la eximente incompleta de alteración psíquica y a la atenuante de arrepentimiento espontáneo, Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2004 (s/rf^a).

105 Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2009 (RJ 2009\2240).

106 Vid., para otras cuestiones, J. L. García Santolalla, «Definición de fuerzas frente al enemigo, rebeldes o sediciosos», en Comentarios al Código penal militar, coord. por R. Blecua Fraga y J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Civitas, Madrid, 1988, pp. 335-343.

ello, el texto punitivo, como advierte Rodríguez-Villasante, ni define dichas circunstancias ni concreta el alcance de tal expresión frente a otras que denotan, asimismo, situaciones de peligro o riesgo¹⁰⁷.

El origen de esta locución, según se ha reconocido¹⁰⁸, está en mi obra *El delito de desertión militar*, en la que denominé «deserción en circunstancias críticas» al tipo agravado que preveía el artículo 376 del derogado Código de Justicia Militar de 1945, consistente en la desertión durante las faenas que fuesen consecuencia de un naufragio o suceso peligroso para la seguridad del buque, aeronave o máquina de guerra o en circunstancias en las que la desertión causase una grave perturbación al servicio¹⁰⁹. Se trataba de un tipo agravado en base a una mayor antijuridicidad de la conducta, por producirse la ausencia en situación de peligro, riesgo o necesidad para la unidad militar, buque de guerra o aeronave militar.

En el vigente Código penal militar se ha producido una cierta generalización de la locución «en circunstancias críticas», con ampliación de su contenido, de forma que, como destaca Rodríguez-Villasante, se refiere a «aquellas situaciones de peligro inminente para la integridad de las personas o misión encomendada, así como a las que supongan un riesgo grave e inmediato para la unidad, buque o aeronave militar donde el responsable preste sus servicios»¹¹⁰.

En ambos casos, esto es, cuando se está frente a rebeldes o sediciosos y cuando la unidad, buque o aeronave se encuentran en situaciones críticas, las penas se agravan notablemente para el centinela que incumple sus deberes, siendo la de cinco a quince años de prisión en el quebrantamiento de consigna y la de diez a veinte años en el abandono de puesto, las que parecen excesivas en los dos supuestos y tanto en el límite máximo como, especialmente, en el mínimo.

Debe advertirse, sin embargo, que en el quebrantamiento de consigna, sigue siendo necesario que del incumplimiento del centinela se derive un grave daño al servicio. Aunque será difícil que, frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, el incumplimiento de obligaciones del centinela no cause grave daño al servicio. Si el mismo no se constatare, la conducta integraría tan sólo la infracción disciplinaria grave prevista en el artículo 7.15 de la Ley Disciplinaria Militar¹¹¹.

VIII. LOS DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL CENTINELA EN TIEMPO DE GUERRA

Los delitos contra los deberes del centinela en tiempo de guerra no son propiamente tipos agravados, sino que constituyen delitos sustancialmente diversos, cuya previsión normativa responde a unas

107 J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Definición de “circunstancias críticas” en el Código penal militar», en *Revista General de Derecho*, núms. 568-569 (1992), p. 363.

108 Cfr. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Definición de “circunstancias críticas” en el Código penal militar», cit., p. 364.

109 A. Millán Garrido, *El delito de desertión militar*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 101-102.

110 Cfr. J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «Definición de “circunstancias críticas” en el Código Penal Militar», cit., p. 369.

111 En contra, sin base normativa alguna, se pronunció J. Padilla, para quien «si el hecho [el incumplimiento de sus obligaciones por parte del centinela] se comete frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas será siempre constitutivo de delito». Cfr. J. Padilla Carballada, «Código Penal Militar», en *Legislación penal especial*, Colex, Madrid, 1986, p. 74.

necesidades propias y a un fundamento específico.

A diferencia de la legislación penal militar para tiempo de paz, constitutiva de un Derecho especial no excepcional que tutela un interés normal del Estado de carácter permanente, las leyes penales de guerra, con independencia de su plasmación estable en los textos castrenses, como ocurre en nuestro Ordenamiento, tienen una base coyuntural: la necesidad transitoria de proteger el potencial defensivo estatal durante unas determinadas circunstancias de anormalidad constitucional o conmoción internacional en las que el mismo requiere una tutela más eficaz y contundente. Integran, por ello, un Derecho excepcional, transitorio y temporal, cuyos tipos son, al margen de la técnica legislativa utilizada, tipos autónomos, en modo alguno homologables a sus correlativos previstos para tiempo de paz.

Los elementos típicos tanto en el abandono de puesto (art. 146.1.º CPM) como en el quebrantamiento de consigna (art. 147.1.º CPM), salvo la circunstancia de su comisión en tiempo de guerra y la penalidad, son los mismos que en tiempo de paz, por lo que, en principio, resultan de aplicación cuantas consideraciones se han formulado en los epígrafes precedentes.

El elemento diferenciador sustancial es, obviamente, que el incumplimiento de los deberes del centinela tenga lugar *en tiempo de guerra*. Por tal locución hay que entender, conforme al artículo 14 del Código, «el período de tiempo que comienza

con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente, o con la ruptura de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas». Se trata, pues, de un «tiempo», de un período temporal, acotado por un comienzo y por un final, una noción fáctica (guerra real), a la que se anudan unos efectos jurídicos. Nada tiene que ver, como advierte Serrano Alberca, con el estado de sitio, que es una situación de Derecho interno, una institución jurídica prevista de antemano cuyo objeto es restablecer la paz pública y con ella el imperio de la ley, caracterizada por un reforzamiento del poder ejecutivo consistente en atribuir a la autoridad militar competencias hasta entonces pertenecientes a la civil¹¹². El estado de sitio puede coincidir con el tiempo de guerra, pero «la declaración del estado de sitio es un acto independiente al tiempo de guerra: el primero es una situación jurídica; el segundo es una situación de hecho delimitado temporalmente»¹¹³.

Los elementos típicos básicos son, por lo demás, idénticos en tiempo de paz y en tiempo de guerra, lo que implica que, en el segundo caso, el delito de quebrantamiento de consigna exija también la concurrencia de un grave daño al servicio ocasionado por el incumplimiento del centinela, de forma que, sin su constatación, el hecho no constituye delito¹¹⁴. Y, lo que resultaba más discordante, hasta la promulgación de la reciente Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, tal conducta tampoco integraba falta grave, pues la infracción prevista en el derogado artículo 8.6 de la Ley Disciplinaria

112 J. M. Serrano Alberca, «La definición de “tiempo de guerra”», en *Comentarios al Código Penal Militar*, coord. por R. Blecua Fraga y J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Civitas, Madrid, 1988, p. 305.

113 Cfr. J. M. Serrano Alberca, «La definición de “tiempo de guerra”», p. 311.

114 En contra, J. Padilla Carballada, «Código penal militar», p. 74.

Militar de 1998, se circunscribía a tiempo de paz, lo que, como ponía de manifiesto Granados Castillo, suponía que «el incumplimiento doloso de las obligaciones del centinela con daño no grave al servicio en tiempo de guerra, no es delito ni tan siquiera falta grave, en contraste con esa misma conducta en tiempo de paz, que sí merece tal consideración»¹¹⁵.

Dado que, además, el hecho sería difícilmente encajable en algún otro tipo penal (salvo, quizás, en determinados supuestos, en el artículo 158 del Código, que prevé la conducta del militar que, por negligencia, no cumpla una consigna general o dejare de observar una orden recibida), era evidente la necesidad de una reforma, que, en mi opinión, debía haber ido por la consideración del carácter delictual de todos los supuestos de quebrantamiento de consigna por el centinela en tiempo de guerra, de forma que, como señalaba el artículo 8.6 de la derogada Ley Disciplinaria Militar, sólo en tiempo de paz esta conducta pudiera ser considerada un mero ilícito disciplinario¹¹⁶.

Este contexto normativo –como el anterior– impulsarán a los tribunales a forzar el tipo contenido en el artículo 147 del Código penal militar considerando «grave» cualquier daño ocasionado al servicio por

el incumplimiento del centinela, aun cuando dicho daño fuese de escasa entidad o de mínima trascendencia¹¹⁷.

En tiempo de guerra, los delitos contra los deberes del centinela pueden tener lugar en circunstancias críticas y también frente a rebeldes o sediciosos, lo que agravará la responsabilidad del agente.

Las penas, una vez suprimida la de muerte por la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, son la de diez a veinticinco años de prisión en el quebrantamiento de consigna y la de quince a veinticinco años en el abandono del puesto¹¹⁸, penas que «podrán ser cumplidas en funciones que el mando militar designe en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina» (art. 43 CPM). Con esta previsión «se evita no sólo la mengua de efectivos disponibles, sino paradójicas situaciones de ventaja personal del reo en relación con el combatiente»¹¹⁹. La medida resulta, en efecto, imprescindible, puesto que, de otra forma, la pena podría ser incluso buscada para eludir los riesgos y fatigas propios de la campaña. Esta posible modalidad de cumplimiento excepcional de la pena deja, sin embargo, subsistente la naturaleza de la sanción, que se liquidará como si se cumpliera en un establecimiento penitenciario.

115 A. Granados Castillo, «Delitos contra los deberes del centinela», cit., p. 1690.

116 Así, en la primera versión de este trabajo, ante la necesidad de resolver la discordancia, se propugnaba que, «con alteración de la actual estructura normativa, se dé una nueva previsión para el delito de quebrantamiento de consigna por el centinela en tiempo de guerra, comprensiva de todos los supuestos, que, de esta forma, sería concordante con el artículo 8.6 de la Ley Disciplinaria Militar». Cfr. en el núm. 2/2012 de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, p. 183.

117 Cfr. A. Granados Castillo, «Delitos contra los deberes del centinela», cit., p. 1691.

118 Originariamente, el Código penal militar preveía, para ambos delitos, que pudiera imponerse la pena de muerte, posibilidad que fue suprimida por el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra.

119 Cfr. J. F. Higuera Guimerá, «El cumplimiento de las penas», en *Comentarios al Código penal militar*, coord. por R. Blecua Fraga y J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto, Civitas, Madrid, 1988, pp. 566-567.

IX. LOS DELITOS CONTRA LOS DEBERES DEL CENTINELA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL MILITAR DE 2014

El Proyecto de nuevo Código penal militar español tiene su origen en un Anteproyecto de 1997, que, si bien no prosperó en un primer momento, sirvió de base al Anteproyecto de 2013, cuya segunda versión fue aprobada por el Consejo de Ministros de 25 de julio de 2014, siendo remitido, como Proyecto de Ley, a las Cortes para su tramitación parlamentaria¹²⁰.

Pues bien, en el texto proyectado los delitos contra los deberes del centinela vienen regulados en los artículos 70 y 71, constitutivos de la sección 2.^a del capítulo V («Quebrantamiento de servicio») del título IV («Delitos contra los deberes del servicio») del libro segundo.

El nuevo texto mantiene, en líneas generales, la conformación normativa del abandono de puesto, que se castiga con la pena de diez a veinticinco años de prisión cuando tenga lugar frente al enemigo, rebeldes o sediciosos; con la pena de diez a veinte años de prisión cuando, sin concurrir las anteriores situaciones, tenga lugar

durante un conflicto armado, en estado de sitio o en circunstancias críticas; y con la pena de seis meses a seis años de prisión, en los demás casos (art. 70.1). El delito de incumplimiento de obligaciones, que sigue requiriendo el grave daño al servicio, se castiga en el texto proyectado de forma unitaria (art. 70.2), con las mismas penas que el abandono de puesto en su mitad inferior.

Con independencia se tipifica la conducta del militar que incumpliere sus cometidos como encargado de un servicio de vigilancia de los espacios aéreos, control de tránsito, conducción de aeronave o ayudas a la navegación marítima o aérea, siendo la pena la de diez a veinte años de prisión cuando tenga lugar en situación de conflicto armado, durante el estado de sitio o en circunstancias críticas, y la de uno a seis años de prisión en los demás supuestos (art. 71).

Habrà que esperar a que concluya la tramitación parlamentaria para ver la redacción definitiva de estos delitos, a los que, de no haber alteraciones sustanciales, seguirán siendo de aplicación los criterios doctrinales y jurisprudenciales expuestos en las páginas precedentes.

120 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, núm. 110-1, del 5 de septiembre de 2014.

Vid., para una visión general del texto proyectado, A. Millán Garrido, «Pasado, presente y futuro de la legislación penal militar española (Antecedentes y breve análisis del Proyecto de nuevo Código penal militar)», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 102 (2014), pp. 305-320. Asimismo publicado en *El Jurista del Fuero Militar Policial*, núm. 4 (2014), pp. 118-128.

LA CONDENA DEL ABSUELTO Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Víctor Jimmy Arbulú Martínez¹

PLANTEAMIENTO

El problema es establecer si es viable sostener convencional y constitucionalmente, la facultad de la Sala Penal Superior de condenar a un imputado que ha sido absuelto² en el Código Procesal Penal, sin la posibilidad que una instancia pueda revisar la sentencia condenatoria.

ANÁLISIS

Esta regla tiene fuertes cuestionamientos, toda vez que se afirma que el Juez, al condenar revocando una sentencia absolutoria, rompe con la inmediación y deja desprotegido al absuelto quien no tendrá derecho a recurrir a la misma.

En la judicatura nacional hay posiciones contrapuestas. En la Corte de Huaura, Exp. N° 2008-01403-87-1308-JR-PE-1, se condenó a un imputado absuelto en primera instancia, aplicando la normatividad procesal penal.

¹ Docente en la Facultad de Derecho de la UNMSM. Juez Superior (p) de la Corte del Callao. Sala de Apelaciones del NCPP.

² Art. 419.2 NCPP.

La Sala Penal de la Corte Superior de Arequipa, en el Expediente 2008-12172-15³, caso Jorge Adcco Ccanahuire, del 22 de junio del 2011, no aplicó el inc. 03 del Art. 425 del NCPP por colisionar con el derecho a la instancia plural (revisión por otro órgano superior) que consagra la constitución (Art. 139.6) y las normas de protección internacional de los derechos humanos (Art. 10 y 11 DUDH; Art. 4, 14 y 15 PIDC, Art. 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos). Esta sentencia fue elevada en Consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema que absolvió el caso en septiembre de 2010 (notificando en Arequipa en abril de 2011), emitiendo decisión desaprobatoria (consulta 2491-2010 hecha por la indicada Sala Penal de Apelaciones de Arequipa). En el Fundamento Sexto de la Resolución de Consulta emitida por la Suprema Sala Constitucional y Social Permanente (Nro. 2491-2010 Arequipa) se dice textualmente: *“Que, en efecto, la prohibición de la reformatio in peius no funciona en los supuestos que el contrario hubiera también apelado de la sentencia; situación jurídico procesal que es donde se encuadra el tema en análisis... en este caso el MP es quien apela...”*

En la sentencia consultada, caso Jorge Adcco Ccanahuire, se aprecia del párrafo 4.1.1, que sólo apeló el Ministerio Público la sentencia absolutoria. El criterio de la Suprema Sala radica en que la pluralidad de instancias se agota con el doble examen de la causa en instancias diferentes (doble grado de jurisdicción).

La Sala Penal de Apelaciones de Trujillo, en el EXP. N° 02850-2010-45-1601-JR-PE-06⁴, del 20 de septiembre del año 2012, en un recurso de apelación de sentencia absolutoria, cuestionó la posibilidad condenar a un absuelto bajo las siguientes premisas:

El Control difuso de convencionalidad instituido por la Corte Interamericana de DD HH, desde la Sentencia en el caso Almonacid Arellano c/ Chile (2006) hasta la sentencia en el caso Cabrera García y Montiel Flores c/México (2010), establece que los jueces de cada uno de los Estados Partes tiene la obligación de efectuar no sólo control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en la Convención Americana. Esta postura de la Sala de Trujillo es una proyección en el ámbito del derecho internacional público, en el que los tratados o convenciones son fuentes de derecho, y si bien puede existir legislación procesal, que los jueces están obligados a aplicar, como el caso peruano que permite la condena del absuelto, esta debe estar conforme a la Convención, lo que no ocurre en este tema problemático. Como referencia se tiene el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso N°. 11.618 Óscar Alberto Mohamed Vs Argentina, del 13 de abril de 2011, que estima que un absuelto, condenado en segunda instancia, tiene derecho a un recurso mediante el cual obtenga una revisión amplia de la sentencia, en cumplimiento del artículo 8.2.h de la Convención Americana.

3 Jurisprudencia Nacional CPP. Comisión especial de la Reforma Procesal Penal, Lima, 2012, p. 383.

4 Jurisprudencia Nacional CPP. Comisión especial de la Reforma Procesal Penal, Lima, 2012, p. 341.

La Sala de Trujillo consideró que se violaba este derecho cuando se condenaba en segunda instancia, a quien fue absuelto en la primera, pues no se le permite, a través de un recurso extraordinario, su derecho a que se revise la condena de forma amplia, es decir, revisar los hechos, las pruebas y el derecho. En el fundamento 107 del Informe, la Comisión sostiene que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico; pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean debilitadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. Allí radica el fundamento por el que el Poder Judicial debe ejercer “control de convencionalidad” de las normas del sistema jurídico interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la actualidad, en el caso de Óscar Alberto Mohamed Vs Argentina, la Corte Interamericana ya emitió una sentencia de fondo en la que le da la razón a Óscar Alberto Mohamed y que podemos extraerlo del resumen oficial del Tribunal Internacional:

CASO MOHAMED VS. ARGENTINA

Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana
Sentencia de 23 de noviembre de 2012.
(Fondo, Reparaciones y Costas)

a) Síntesis de los hechos del caso

El 16 de marzo de 1992 el señor Óscar Alberto Mohamed, trabajaba en la ciudad de Buenos Aires como conductor de una línea de colectivos, fue parte de un acciden-

te de tránsito. El señor Mohamed atropelló a una señora, quien sufrió graves lesiones y falleció.

Ese mismo día se inició un proceso penal contra el señor Mohamed por el delito de homicidio culposo. Se le aplicó Código de Procedimientos en Materia Penal de 1888. Fue acusado, pero en 1994 el Juzgado Nacional en lo Correccional emitió sentencia y lo absolvió. El Ministerio Público apeló y el 22 de febrero de 1995 la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional emitió sentencia, en la cual resolvió condenar al señor Mohamed “por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo a la pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, y a ocho años de inhabilitación especial para conducir cualquier clase de automotor (arts. 26 y 84 del Código Penal)”, e imponer las costas de ambas instancias al condenado.

El ordenamiento jurídico aplicado en el proceso contra el señor Mohamed, no preveía ningún recurso penal ordinario para recurrir esa sentencia condenatoria de segunda instancia. El recurso disponible era el recurso extraordinario federal, previsto en el artículo 256 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El 13 de marzo de 1995 el defensor del señor Mohamed interpuso un recurso extraordinario federal contra la sentencia condenatoria ante la misma Sala Primera. El 4 de julio de 1995 la referida Sala Primera resolvió “rechazar con costas, el recurso extraordinario”, con base, inter alia, en que los argumentos presentados por la defensa “se refieren a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, que habían sido valoradas y debatidas en oportunidad del fallo impugnado”.

El 17 de julio de 1995 el señor Mohamed fue despedido de su empleo como chofer

de colectivo, en razón de “su inhabilitación penal para conducir”.

El 18 de julio de 1995 el defensor del señor Mohamed interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia que el 19 de septiembre de 1995 la desestimó, indicando que “el recurso extraordinario, cuya denegación motivaba, era inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”

El 27 de septiembre de 1995, el defensor del señor Mohamed interpuso un escrito ante la Corte Suprema solicitándole que revocara la decisión que desestimó el recurso de queja, y el 19 de octubre de 1995, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso interpuesto por el defensor del señor Mohamed en tanto “las sentencias del Tribunal no son susceptibles de reposición o revocatoria”.

b) Derecho a las garantías judiciales

Derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior

En primer término, el Tribunal se pronunció sobre el alcance del artículo 8.2.h de la Convención con respecto a sentencias penales de condena emitidas al resolver un recurso contra la absolución, debido a que el Estado sostuvo que sería permitido establecer excepciones al derecho a recurrir condenas penales. La Corte estableció que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, y que resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. La Corte concluyó que en los términos de la protección que otorga el artículo 8.2.h de la Convención

Americana, el señor Mohamed tenía derecho a recurrir del fallo proferido por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones el 22 de febrero de 1995, toda vez que en éste se le condenó como autor del delito de homicidio culposos.

Seguidamente, la Corte se refirió al contenido de la garantía que otorga el artículo 8.2.h de la Convención. La Corte resaltó que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, y reiteró que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz, lo cual supone, inter alia, que: debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada; debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido; y las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.

Asimismo, el Tribunal indicó que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria. Además el Tribunal consideró que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten

relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral.

Posteriormente, la Corte analizó si al señor Mohamed se le garantizó el derecho a recurrir del fallo condenatorio. La Corte hizo notar que no fue controvertido que el ordenamiento jurídico aplicado al señor Mohamed no preveía ningún recurso penal ordinario para que aquel pudiera recurrir la sentencia condenatoria que le fue impuesta. La decisión condenatoria de segunda instancia era una sentencia definitiva recurrible solamente a través de un recurso extraordinario federal y un posterior recurso de queja.

La Corte consideró que el referido recurso extraordinario no constituye un medio de impugnación procesal penal sino que se trata de un recurso extraordinario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento argentino. Asimismo, resaltó que las causales que condicionan la procedencia de dicho recurso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones fácticas y probatorias, así como de derecho de naturaleza jurídica no constitucional.

No obstante lo anterior y tomando en cuenta que el Estado sostuvo que el recurso extraordinario federal podría haber garantizado el derecho a recurrir del fallo condenatorio, la Corte efectuó consideraciones adicionales relativas a examinar el tratamiento que en el caso concreto dieron los órganos judiciales a los recursos interpuestos por el señor Mohamed. La Corte resaltó que, aun cuando se analice si materialmente dichos recursos habrían protegido el derecho a recurrir la

sentencia condenatoria del señor Mohamed, las causales de procedencia del recurso extraordinario limitaban *per se* la posibilidad del señor Mohamed de plantear agravios que implicaran un examen amplio y eficaz del fallo condenatorio. Por consiguiente, tal limitación incide negativamente en la efectividad que en la práctica podría tener dicho recurso para impugnar la sentencia condenatoria.

La Corte constató que en el presente caso el alcance limitado del recurso extraordinario federal quedó manifiesto en la decisión proferida por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones, la cual rechazó *in limine* el recurso interpuesto por el defensor del señor Mohamed con base en que los argumentos presentados se referían “a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, que habían sido valoradas y debatidas en oportunidad del fallo impugnado”.

La Corte concluyó que el sistema procesal penal argentino que fue aplicado al señor Mohamed no garantizó normativamente un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria contra el señor Mohamed, en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana, y también constató que el recurso extraordinario federal y el recurso de queja no constituyeron, en el caso concreto, recursos eficaces para garantizar dicho derecho.

Adicionalmente, la Corte concluyó que la inexistencia de un recurso judicial que garantizara la revisión de la sentencia de condena del señor Mohamed y la aplicación de unos recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir del fallo, implicaron un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida por el artículo 8.2.h de la Convención.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte determinó que Argentina violó el derecho a recurrir del fallo protegido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed.

c) Reparaciones

La Corte estableció que su Sentencia constituye *per se* una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado las siguientes reparaciones: (i) adoptar las medidas necesarias para garantizar al señor Óscar Alberto Mohamed el derecho a recurrir del fallo condenatorio, de conformidad con los parámetros convencionales establecidos en el artículo 8.2.h de la Convención Americana; (ii) adoptar las medidas necesarias para que los efectos jurídicos de referida sentencia condenatoria, y en especial su registro de antecedentes, queden en suspenso hasta que se emita una decisión de fondo, garantizando el derecho del señor Óscar Alberto Mohamed a recurrir del fallo condenatorio.

La defensa del Estado Argentino fue que el sentenciado Mohamed, sí tenía una vía para revisar su condena, sin embargo esta consistía en el Recurso Extraordinario que es un símil al de Casación, y que está limitada a cuestiones de derecho, y no sobre pruebas, y que fue confirmado por informes emitidos por procesalistas como Julio Maier. La Corte concluyó que se violó el derecho del señor Óscar Alberto Mohamed de recurrir a un fallo condenatorio.

Retomando la decisión de la Sala de Trujillo, esta razona que si bien legalmente se puede dictar una condena del que fue absuelto en primera instancia, ello no es posible, pues sería violatorio del derecho que tiene el imputado al doble conforme o

doble instancia. Además que si bien existe en el sistema de recursos el de casación en el NCPP, este solo faculta a la Corte Suprema a revisar la correcta aplicación del derecho, y no tiene competencia para revisar los hechos y las pruebas.

Como premisa consideramos que el núcleo esencial del derecho fundamental universal de revisión se refiere a la existencia real de la posibilidad de doble examen de la condena (doble conformidad de la sanción). Cuando se trata de una condena debe maximizarse la posibilidad de control y la condena de un absuelto le quita la posibilidad que este en otra sede pueda revisar esta limitación a sus derechos fundamentales. Si vamos al Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, este, en su Artículo 14. 5 dice que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Esta tiene que interpretarse de acuerdo a la regla establecida en la Cuarta disposición final de la Constitución Política del Perú que dice: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por el Perú.

Este tema fue discutido en el VI Pleno Jurisdiccional del año 2010 pero los Jueces Supremos no pudieron ponerse de acuerdo. El magistrado Salas Arenas, en una postura con la que en su esencia coincidimos, propone que si se dictare una sentencia condenatoria a un absuelto, el afectado tenga la posibilidad que su caso sea revisado por una instancia, de tal forma que se le garantice la pluralidad en compatibilidad con los tratados de derechos humanos. Para tal

efecto propone que se habilite a otra Sala Penal Superior, puesto que la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 41.5, establece competencias de *numerus apertus*.⁵ Sin embargo no compartimos esta opinión, pues desordenaría el sistema de recursos y afectaría la seguridad jurídica. Lo viable sería proponer una modificatoria que pueda generar una instancia de apelación o eliminar la figura de condena del absuelto.

La condena del absuelto en la doctrina de la Corte Suprema

Sobre este tema, la Corte Suprema ha dictado la Casación N° 195-2012 Moquegua del 5 de setiembre del 2013 y le han dado el carácter de doctrina jurisprudencial a los fundamentos jurídicos décimo tercero a décimo octavo. Con un voto en discordia del Juez Supremo Morales Parraguez.

La regla jurídica establece que como el sistema de apelaciones en el NCPP se ha decantado por la inmediación y que no se puede variar lo valorado por el juez de la sentencia absolutoria por una condenatoria, la condena de absuelto se puede realizar bajo estos tres supuestos: 1) Si en la instancia superior se decide cambiar el valor probatorio de pericia, prueba documental, prueba pre constituida, pues estos medios de prueba no exigen, imprescindiblemente, inmediación. 2) Si en segunda instancia se varía el valor de la prueba personal con actuación de prueba que la contradiga, y 3) Los errores de derecho que se admite están fuera de la inmediación.

La Corte Suprema señala que en la prueba pericial, documental y similares, no hay inmediación, lo que consideramos no es correcto. La inmediación se materializa

con la oralización o lectura del contenido de la prueba documental que se realiza frente al juez. Lo ideal es que se refuerce esta oralización, desde la persona que emitió el documento; pero no siempre es así. Lo cierto es que a partir de la lectura, se practica la inmediación, pues el juez recibe en audiencia, esa información, que valorará en la fase correspondiente. El ideal de supuesto para justificar la condena del absuelto, para la Corte Suprema, es la modificación de la prueba personal valorada en primera instancia, por pruebas en contrario actuadas en segunda instancia, porque se asume que en este escenario sí se aplica la inmediación. Si esto es así, para que opere plenamente, en un ejercicio de equidad, deberían actuarse en segunda instancia las pruebas personales de las que el juez se sirvió para absolver. Sobre el tercer supuesto, la Corte Suprema, deja entrever, que basta la presencia del abogado del imputado para debatir sobre errores jurídicos de la sentencia condenatoria y que si existiesen errores de derecho, sí es posible la condena del absuelto. En la sentencia examinada no hay mayores alcances sobre este supuesto.

Frente a esta doctrina jurisprudencial, afirmamos que los jueces están obligados al control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes, y existen tratados y pronunciamientos de instancias internacionales contra la condena del absuelto, lo que nos permite concluir que nuestra respetada Corte Suprema, que desde 2004 se ha preocupado loablemente en unificar la jurisprudencia, en este caso, nada contra la corriente. Ha tratado de darle un cariz de constitucionalidad a la condena del absuelto; pero no ha podido justificar, razonablemente, por qué se incumple lo establecido por el Art. 14.5

5 SALAS ARENAS, Jorge Luis, en *Revista Gaceta Procesal Penal*. Gaceta Jurídica. Lima, Perú. Tomo 27 Octubre del 2011, p. 285.

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mencionado con singular nitidez por el discrepante Señor Juez Supremo Morales Parraguez, que nosotros suscribimos íntegramente, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso Óscar Alberto Mohamed vs Argentina.

CONCLUSIONES

1. La condena del absuelto va en contra de las Convenciones y Tratados de Derechos Humanos.

2. Esta figura debe ser inaplicada mediante control de constitucionalidad y convencionalidad

3. Si se mantiene, debe generarse legalmente una instancia de apelación por lo que debe procederse a realizar una modificación del Código Procesal Penal.

4. Los argumentos de la Casación N° 195-2012, son abiertamente contradictorias con la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

DREYFUS: El mayor error judicial de la historia¹

Getúlio Corrêa²

Fue un momento de debilidad nacional³
(Charles De Gaulle, "Memoires de Guerre")

1. FRANCIA A FINALES DEL SIGLO XIX

El 31 de marzo de 1889, celebrando los cien años de la revolución francesa, era inaugurada, en el Campo de Marte, la Torre Eiffel, con sus 324 metros de altura, para constituirse en el marco de entrada de la Exposición Universal de París, que sería abierta el 6 de mayo y duraría hasta el 31 de octubre.

Francia vivía una época de fracasos e incertidumbres políticas. En 1870 fue derrotada en la guerra franco-prusiana, lo que, en consecuencia, además de determinar la caída de la monarquía y de Napoleón III, motivó la pérdida de las ricas regiones de Alsacia y Lorena, de mayoría germánica. Sumándosele la muerte de más de 140 mil franceses y el pago de cinco billones de francos, acordado en el Tratado de Frankfurt (10 de mayo de 1871), para una Alemania recientemente unificada.

Cabe destacar, aún, el desastre resultante de 20 mil muertes más, causadas por la resistencia de la Comuna de París (18 de marzo de 1871),

1 Este artículo fue Publicado en la Revista "Direito Militar", edición N°. 110, de noviembre/diciembre de 2014.

2 Juez de Apelación del Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina (TJSC), Presidente de la Asociación de los Magistrados de Justicias Militares Estaduales (AMAJME) y de la Asociación Internacional de Justicias Militares (AIJM).

3 APUD BARBOSA, Rui. *El proceso del Capitán Dreyfus*. (Cartas de Inglaterra), presentación de Alberto Dines. Escorzo histórico-crítico de José Alexandre Tavares Guerreiro. Editorial Giordano, 1994, p. 39.

considerada la primera república proletaria de la historia, creada con la insurrección popular contra la Asamblea Nacional Francesa, con diputados ligados a la aceptación de la sumisión a Prusia. Aunque la Comuna tenía el apoyo de la Guardia Nacional, no resistió al Ejército de Louis Adolphe Thiers.

El 20 de abril de 1884, el Papa León XIII lanzó su encíclica papal "*Humanum Genus*" dedicada exclusivamente a la masonería, señalándola como responsable por la predicación de la idea de separación entre la Iglesia y el Estado, inaceptable en la opinión de la Iglesia, pues "*ellos desean que el Estado sea fundado no en sólida virtud, sino en la impunidad de los vicios*".

El diario católico "La Croix" acusaba a judíos y masones de ser enemigos de la "*verdadera Francia*".

En la misma línea, en 1886, Édouard Drumont, un antisemita francés, lanza su libro "*La Francia judía*" (La France Juive), atacando a los judíos como responsables por todos los problemas de Francia, convirtiéndose en guía del antisemitismo.⁴

Una de las pocas instituciones respetadas era el Ejército francés, en su mayoría, católico y monarquista.⁵

Los diarios también criticaban la presencia de extranjeros en el Ejército, en especial de los judíos, odio estimulado por Drumont, que los consideraba "*representantes de la burguesía emancipada de la*

Revolución francesa" y los más "*ardientes defensores de la idea republicana*".⁶

Aún, para empeorar más la situación política de Francia, estalla en 1892 el escándalo del Canal de Panamá, que sacudió la tercera República y causó perjuicio de un billón de francos en la economía de los franceses que habían invertido en la construcción del Canal. La inversión ocurrió por intermedio de la Compañía Universal del Canal Interoceánico de Panamá, creado por el judío Ferdinand de Lesseps, con la participación del gobierno en casos de soborno, convirtiéndose en el mayor escándalo de corrupción del siglo XIX. Se calcula que más de 150 parlamentarios estaban involucrados en el esquema de corrupción.

Es en este contexto que ocurrió uno de los errores judiciales más famosos de la historia, que quedó conocido como "*L’Affaire*", involucrando a Alfred Dreyfus, un judío nacido en Mulhouse, en Alsacia. La familia adoptó la ciudadanía francesa después de la guerra franco-prusiana. Impulsado por los cambios en la formación del Ejército, Dreyfus se graduó en la famosa escuela Polytechnique, representando una "*nueva especie de militar francés*".⁷

Llegó al Estado Mayor, a pesar de que en varios momentos de su carrera fue perjudicado en las calificaciones exactamente por ser judío y un burgués, sin vínculos familiares con la tradición militar anterior,

4 Conforme Bredin, Jean-Denis. El Caso Dreyfus. Traducción de María Alice A. de S. Doria y Renata M.P. Cordeiro. Edit. página abierta, p. 2. La palabra fue usada en un panfleto antijudío en 1873 en la ciudad de Berna por Wilhem Marr.

5 Marcel Proust en su obra "En busca del tiempo perdido" muestra ese caso de amor de los franceses con su ejército, en Begley, Louis. El Caso Dreyfus. Isla del Diablo. Guantánamo y la Pesadilla de la Historia. Traducción de Laura T. Motta. Cía. de las Letras, 2010, p. 66.

6 En *El Proceso del Cap. Dreyfus*, p. 54.

7 Ídem, p. 55.

“una amenaza bastante tangible e incómoda a los militares de la tradición du rang et du sang”.⁸

La prensa, poco después de la prisión de Dreyfus, inició una campaña contra toda la comunidad judía que *“estaría unida para defender al traidor y dar continuidad al trabajo de espionaje”*.⁹

Ese capítulo de la historia francesa dividió Francia, influenció la política en los años siguientes, repercutió en Europa y América y llegó a Brasil en la pluma de Ruy Barbosa, exiliado en Londres. Cambió radicalmente la prensa, que en la expresión de Alberto Dines: *“dejó la verticalidad de las materias exprimidas en estrechas columnas para ganar la horizontalidad de los encabezados grandes títulos”*.¹⁰

Fue, sin dudas, el hecho más relevante, por sus consecuencias, de la moderna historia de Francia y considerada por los que cubrieron el proceso, un “romance en serie, tan espléndido que, si no lo hubiésemos vivido, lo creeríamos una fantasía”.¹¹

Fue determinante para la creación de la Liga Francesa de Defensa de los derechos del hombre por Ludovic Trarieux, después de que éste se retirase del cargo de Ministro de Justicia en noviembre de 1895, adoptando el caso Dreyfus como su primera causa.¹² Propició, a través de Theodor Herzl, periodista judío austro-húngaro que cubrió el caso como corresponsal, la creación del

sionismo en contraposición al antisemitismo que perduró durante todo el proceso. En 1897, fue creada la Organización Sionista Mundial durante la realización del primer congreso sionista, siendo electo Theodor Herzl su presidente.

2. LA TRAICIÓN

Después de la guerra de 1870, Francia, reconociendo su inferioridad en relación a Alemania, tanto en la doctrina militar como en el servicio de espionaje, crea la Escuela Superior de Guerra y monta una red de informantes en Francia y en toda Europa, especialmente en la Embajada germánica en París.

Una francesa de nombre Marie Caudron, conocida como madame Bastian, responsable por la limpieza, recogía diariamente todos los papeles tirados al basurero y se los entregaba a un miembro de la Sección de Estadística, curioso nombre dado al servicio secreto francés, encabezado por el Coronel Sandherr.

En setiembre de 1894, madame Bastian reúne algunos papeles rasgados, recortes de papel escritos en francés, que fueron tirados al basurero por el Coronel Maximilian Von Schwartzoppen, agregado militar alemán en París. Reunidos, formaron lo que llegó a llamarse *“Bordereau”*. Ella jamás imaginaría que esos simples papeles serían motivo de cambios en la historia francesa.

8 Ibidem, p. 55.

9 En Begley, Op. cit. p. 81.

10 En El proceso del Capitán Dreyfus, p. 19.

11 RICHARD, Paul. *Los Grandes Procesos de la Historia*, volumen XI, El Proceso Dreyfus, traducción de Argeu Ramos. Porto Alegre: Edit. Librería del Globo, 1941, p. 8. Toda la novelización del caso Dreyfus, puede ser vista en Susan Rubin Suleiman, (Universidad de Harvard), La importancia literaria del caso Dreyfus, en El Caso Dreyfus: Arte, Verdad y Justicia (Dir.), Norman Kleeblatt, University of California, 1987.

12 Begley. Op. cit. p. 94.

Se trataba de cinco informaciones, entre ellas, una sobre el freno hidráulico de un cañón de 120 mm, una nota sobre las modificaciones en las formaciones de la Artillería, además de un proyecto del Manual de Tiro de Artillería.

En realidad, ningún dato contenido en el “*Bordereau*” era relevante, apenas informaciones vagas dadas por el agregado militar alemán al oficial francés con la mayor esperanza de recibir otras efectivamente importantes.

Circula la noticia en el Estado Mayor que había un espía oficial francés al servicio de Alemania. En realidad, hacía mucho que se sabía sobre espías civiles y militares que vendían informaciones sobre el Ejército francés a Alemania. Sólo que el contenido del “*Bordereau*” indicaba que el espía debería ser alguien del Estado Mayor, pues los detalles del mensaje interceptado mostraban que solamente un oficial de aquel órgano tendría acceso a aquellas informaciones. Se buscó un traidor dentro del Estado Mayor. No fue difícil localizarlo. El Capitán Dreyfus era el único judío que, además de pertenecer a la Artillería, arma de donde eran las informaciones, integraba el Estado Mayor francés.

La empresa de la familia en Mulhouse generaba un ingreso anual próximo de veinte mil francos para Dreyfus, quien además se casó con Lucie Hadamard, también de origen judío e hija de un comerciante de diamantes. Ellos se permitieron vivir en un bello apartamento en la rica Avenida Trocadéro. Todo eso, en vez de ser una elo-cuente prueba de que no tendría ningún interés financiero, funcionó, de hecho, en su

contra, “*pues combinaba bien en uno de los más odiosos estereotipos de judíos: el del judío nuevo-rico e intruso, abriéndose camino a la fuerza para posiciones que por derecho pertenecían a los verdaderos franceses, pro-digando dinero y comprando beneficios que no estaban al alcance de oficiales franceses de verdad, virtuosamente más pobres*”.¹³

El día 15 de octubre, el Capitán Dreyfus fue convocado al Ministerio de Guerra, siendo recibido por el Coronel Marie Georges Picquart, que lo lleva al Coronel du Paty du Clam. Este le pide a Dreyfus que escriba una carta bajo la alegación de que está con la mano inmovilizada; después de comparar lo escrito con otro que tiene en las manos, pone la mano en el hombro de Dreyfus y declara que él está preso por crimen de alta traición. Es llevado a la prisión de Cherche-Midi por el Mayor Henry, miembro de la sección de estadística y que, más tarde, se tornará, también como Picquart y du Paty, un personaje importante en el “*L’Affaire*”. Antes de ser conducido, du Paty coloca una pistola en la mano de Dreyfus, sugiriendo un suicidio, que sólo de esa manera podría rescatar su honra de oficial. Dreyfus rechaza y proclama inocencia.

3. EL PROCESO

Los diarios comienzan a informar de la prisión de un oficial por traición. El “*Le Soir*” divulga, el día 31 de octubre que el preso es un oficial judío, iniciando una serie de publicaciones, especialmente de los diarios antisemitas, que estarían intentando proteger a Dreyfus por ser judío y que Dreyfus “*es un jugador compulsivo. Tiene pasión por el juego y por mujeres*”.¹⁴

¹³ Begley, p. 74.

¹⁴ Bredin, p. 85.

Los diarios “*La Croix*” y “*La Libre Parole*” afirman que Dreyfus “*entró al ejército con la intención premeditada de traicionar*”. Que, además, “*Detesta a los franceses, en calidad de judío y de alemán*”.¹⁵

Es montado el Consejo de Guerra compuesto por siete oficiales y a las 12 horas del día 19 de diciembre, se inicia el juicio. Dreyfus será defendido por Edgar Demange, un antiguo y respetado abogado que sólo aceptó hacer la defensa después de tener la convicción de su inocencia, especialmente porque estaba defendiendo a un espía francés al servicio de una potencia extranjera, que recientemente había derrotado y humillado a Francia.

En razón del documento base de la acusación, el “*Bordereau*”, contener informaciones secretas, el Consejo de Guerra decidió hacer el juicio “*à huis clos*” (sesión a puerta cerrada). De los testigos, algunos eran peritos, de los cuales, dos afirmaban que la caligrafía en el documento no era de Dreyfus. Por otro lado, tres, entre ellos el ya reconocido Alphonse Bertillon, perito oficial de la policía francesa, creador del método antropométrico, afirmaba que Dreyfus habría usado tres caligrafías diferentes, la de él, la de su hermano Mathieu y la de su mujer.¹⁶ La defensa presentó, como testigos de descargo, al Gran Rabino de París y al filósofo Lévy-Bruhl, que apenas se refirieron al excelente comportamiento del acusado.

Los jueces se reúnen en la sala secreta. Mientras deliberan, reciben un sobre entregado por du Paty de parte del Ministro de Guerra, General Mercier, para que el

Consejo lea el documento antes de decidir el caso. La decisión sale el 22 de diciembre. De forma unánime, Dreyfus es condenado a degradación militar, deportación y prisión perpetua en lugar fortificado. Otro no podría ser el veredicto. Los diarios publicaban diariamente artículos y noticias contra los judíos: Nadie osaba defender a Dreyfus. Imposible no acoger las palabras de los diarios: “*Cómo dudar entre la palabra de los bravos oficiales de nuestro ejército, educados en el culto de la honra y la de los miserables que todo lo venden*”.¹⁷

Al día siguiente, toda la prensa francesa celebraba la condenación de Dreyfus y reclamaba de la supresión de la pena de muerte por la Constitución de 1848. El propio Clemenceau, que más tarde sería uno de los más ardientes defensores de Dreyfus, publicaba en “*La Justice*” que el condenado “*(...) no tiene nada más allá de un alma inmunda, un corazón abyecto*”.¹⁸ La presión de la prensa era tan grande, que la Embajada Alemana emitió un comunicado por el diario *Le Fígaro*, del 25 de diciembre, además de una visita oficial del Embajador de Alemania al Presidente de Francia, Casimir-Perier, desmintiendo cualquier relación con el Capitán Dreyfus.

En el Colegio Militar, en la Plaza de Fontenoy, se produce la degradación, una ceremonia que después sería abolida por la ofensa a los principios elementales de la dignidad del ser humano. Una multitud corre al lugar para asistir al sufrimiento del capitán judío y no se conmueve cuando él grita “*Soldados, están degradando a un*

15 Idem, p. 85.

16 Bredin. Op. cit., p. 105.

17 Senna, Homero. *Una voz contra la injusticia*, Rui Barbosa y el Caso Dreyfus. Río: Fundación Casa de Rui Barbosa, 1987, p. 21.

18 Bredin. Op. cit. p. 109.

inocente! Soldados, están deshonrando a un inocente! Viva Francia! Viva el Ejército!"¹⁹ Por el contrario, el pueblo presente pide la muerte de los judíos.

Apenas la prensa francesa fue autorizada a asistir a la ceremonia, seguramente para que no se divulgasen los detalles del acto de degradación, no más utilizada en la mayoría de los países de Europa.

La pena debería ser cumplida conforme a la ley de 1872, en la Isla Ducos, en Nueva Caledonia, con la posibilidad de la presencia de familiares.

Aunque el General Auguste Mercier, Ministro de Guerra, luego de la condenación de Dreyfus no haya conseguido aprobar una nueva ley con la pena de muerte por traición, consiguió otra ley que determinaba el cumplimiento de la pena por deportación, no en Nueva Caledonia, considerada una colonia de vacaciones, pero sí en la Isla del Diablo.

Dreyfus parte para la Guayana Francesa el 21 de febrero, llegando sólo el 15 de abril a la Isla del Diablo, a veintisiete millas de Cayena. Va a permanecer en una cabaña construida especialmente para él, con 24 horas de vigilancia, lo que no precisaría, pues no tendría como salir de la isla.

4. RUY BARBOSA Y LAS CARTAS DE INGLATERRA²⁰

Jurista, político, diplomático, escritor, filólogo, traductor, periodista, Ruy

fue, dos veces, candidato a la Presidencia de la República, siendo derrotado en ambas y fue durante su primera candidatura en la que inició su campaña civilista. Republicano de última hora, como él mismo se refirió, era un adepto de la monarquía constitucional.

Pero, uno de los muchos hechos relevantes involucrando a Ruy se produjo en el gobierno de Floriano Peixoto, cuando, en razón de su defensa a favor del Almirante Custódio de Melo, fue perseguido y amenazado, exiliándose al principio en Argentina y después en Inglaterra, donde escribió las "Cartas de Inglaterra" y, entre ellas, el Proceso Dreyfus.

Mucho antes de que figuras ilustres se posicionasen en defensa de Dreyfus, Ruy, con su sensibilidad de periodista y jurista, el 7 de enero de 1895, dos días después de la ceremonia militar de degradación de Dreyfus en el patio del Colegio Militar, hizo la defensa del oficial judío, marcando lo que más tarde sería comprobado: Dreyfus estaba siendo condenado por ser judío en un país en el que el antisemitismo estaba floreciendo. Su artículo fue publicado el 3 de febrero del año siguiente, en el Diario del Comercio, de Río de Janeiro.

El propio Dreyfus, en sus memorias denominadas "*Cinco Años de Mi Vida*"²¹, se refiere al hecho de haber recibido una carta de Ruy, en mayo de 1900, con su artículo traducido al francés. Afirmo en la obra citada, que Ruy fue la primera voz a levantarse en el mundo a su favor, y lo llama el

19 Idem, p., XV.

20 Parte de este artículo fue publicado con el título "Dreyfus, Ruy y la Justicia Militar", <http://www.ibrajus.org.br/pdf/LIVRO_JUIZES_E_JUDICIARIO.pdf>, p. 50.

21 Ver Diarios Completos del Capitán Dreyfus, org. y apr. Alberto Dines, Traducción de Bernardo Ajzenberg, 1995, Río: Edit. IMAGO, pag. 280. El artículo de Ruy Barbosa también fue recordado por Paul Richard. Op. cit. p., 249/250.

“gran estadista brasileño”. De hecho, otros en Francia ya lo habían defendido, o, al menos, rebelándose contra la manera como él fue procesado, sin obediencia a los principios legales y a las legítimas tradiciones francesas. Lo más importante en la defensa de Ruy fue que él escribió el documento viviendo en Londres y apenas con base en diarios ingleses y franceses, estos últimos sabidamente contra Dreyfus.

Ruy decía en su artículo: “No me cabe describir la ceremonia atroz de la degradación militar, preludio feroz de la expiación sobrehumana que se abrió ayer para el malhadado”.²² Sobre el juicio: “Este hombre estaba condenado por la intuición general de sus compatriotas, antes de serlo por el tribunal secreto que lo juzgó”.²³ Dijo más: “Difícilmente se concebiría, aún en tribunales civiles, el vigor de ánimo preciso, para juzgar con calma, en Francia, la causa de un francés sospechoso de pactar con los alemanes. ¿Que no será, en los tribunales militares, en pleito de antemano sentenciado por la “opinión pública”, y tratándose, por cúmulo, de un acusado, en cuyas venas circula sangre judío”?²⁴ Expresó, también, “La clandestinidad del proceso inquina de sospecha a las decisiones más justas. Los Tribunales más ilustres dependen, para su respetabilidad moral, de la luz, que derraman sobre el espíritu público, del esclarecido asentimiento, que en éste conquistan”.²⁵

Más tarde, el 13 de febrero de 1898, el diario El Tiempo, de Buenos Aires, publicaría el artículo de Ruy en español y diría que “Fue el Sr. Rui Barbosa quien primero levantó su enérgica y autorizada voz contra las numerosas irregularidades del proceso Dreyfus” y complementa: “Hoy, que nuevamente la opinión pública del mundo converge para el extraordinario caso Dreyfus, las alegaciones expuestas con lógica irrefutable por el Sr. Ruy Barbosa, esclarecerán a aquellos que recientemente leyeron la carta de Emilio Zola, pidiendo, en un grito de sufrimiento y desesperación, justicia para quien legalmente todavía no fue juzgado”.²⁶

Esa carta de Ruy denotaba, según el propio Alfred Dreyfus, “en su autor, una notable capacidad de evaluación y una gran libertad de espíritu”.²⁷

5. EL VERDADERO TRAIOR

El Coronel Picquart asume la Sección de Estadística en julio de 1895, sustituyendo al Coronel Sandherr, enfermo y que moriría de parálisis general.

Por la misma vía que llegó el Bordreau, ahora llega lo que pasó a ser el petit bleu.²⁹ Un documento escrito por el agregado militar Schwartzkoppen, dirigido al verdadero espía, mayor Ferdinand Walsin Esterhazy, con dirección y que decía:

22 Zola, Ruy Barbosa. *¡Yo Acuso! El Proceso del Capitán Dreyfus*, Org. y Traducción de Ricardo Lísias, Hedra, 2007, p. 58.

23 Ídem, p. 74.

24 Ídem, p. 76.

25 El proceso, p. 136-37.

26 Senna, p. 11.

27 *Diarios Completos*, Op. cit, p. 282.

29 Cfe Begley, p. 99, nombre dado a las cartas en papel azul que eran propulsadas neumáticamente de agencia a agencia de los correos de París por una red de ductos.

“Estimado Señor

*Aguardo explicación más detallada de la que me fue dada anteriormente a respecto de la cuestión dejada en abierto. Por lo tanto, solicito que la misma me sea dada por escrito, a fin de que yo pueda evaluar la posibilidad de continuar mis relaciones con la casa de R”.*³⁰

Ese documento llevó a Picquart a creer que el verdadero traidor era el Mayor Walsin Ferdinand Esterhazy, que, investigado, resultó ser un inveterado jugador y mujeriego, con innumerables deudas. Al conseguir cartas escritas por Esterhazy y compararlas con la letra del famoso borde-reau, concluyó que el autor era el mismo. Al llevar el caso al General Raoul le Mouton de Boisdefre, Jefe de Estado Mayor del Ejército, éste pidió que lo llevase al General Charles-Arthur Gonse, Subjefe del Estado Mayor que, a su vez, determinó que los casos fueran mantenidos separados. Picquart discute con Gonse y tiempo después, en octubre, es mandado para reorganizar los servicios de informaciones de los cuerpos del ejército estacionado en el Este y Suroeste de Francia, determinación que es prorrogada al final de 1896, ahora para Túnez, para que Picquart permanezca lejos de París.

Algunos historiadores afirman que el Conde de Esterhazy era un agente que el Coronel Sandherr lanzara para *“engañar al agregado militar alemán Schwartzkoppen”*³¹ y que el Mayor Henry estaría consciente de eso. De hecho, aunque hasta hoy no se tengan datos concluyentes, no habría otra explicación para el desarrollo de todo el Estado Mayor en la defensa de Esterhazy.

A principios de noviembre de 1896, fue distribuido el folleto de Bernard Lazare, impreso en Bruselas, que hacía mucho tiempo ya estaba listo, encomendado por Mathieu Dreyfus, denominado *“Un error judicial. La verdad sobre el Caso Dreyfus”* (Une erreur Judiciaire. La vérité sur L’Affaire Dreyfus). El diario *“L’Eclair”*, antidreyfusista, con el ansia de probar la culpa de Dreyfus, publicó lo que ya se sabía: que el Consejo de Guerra que juzgó a Dreyfus recibió en la sala secreta un documento que, según el diario, *“sería la prueba irrefutable”* de la culpa de Dreyfus. En consecuencia, Lucie Dreyfus solicita la revisión del proceso.

A fines de 1896, el Mayor Henry, preocupado por la posibilidad de que sus superiores del Estado Mayor pudiesen ser vistos como responsables por la condena-ción de Dreyfus sin pruebas, falsifica una correspondencia que realmente ocurrió entre los agregados militares Pannizardi y Schwartzkoppen, transformándola en prueba inculpativa al oficial judío, que fue conocido como *“el falso Henry”*.

En agosto de 1898, al ser descubierta en una investigación determinada por el Ministro Cavaignac, el Mayor Henry se suicida en la prisión de Mont-Valérien y, aun sabiendo sobre el documento que éste había creado para comprobar la culpa de Dreyfus, el diario *La Libre Parole*, de Drumont, afirma que *“la revisión es la guerra”*.³²

El mismo diario hace una campaña para recaudar dinero para la viuda de Henry. En menos de un mes, consigue recibir más de 130 mil francos, una cantidad bastante razonable para la época. El dinero

³⁰ Ídem, p. 100.

³¹ Richard, Paul. Op. cit., p.148.

³² Bredin, p. 385.

sería usado por la viuda para procesar a Joseph Reinach por acusar a Henry de ser cómplice de Esterhazy. Sus defensores llegan a hablar de “*falsificación patriótica*”, expresión usada por E. Maurras, que en el diario regio La Gazette de France defiende a Henry: “*Vuestra falsificación infeliz será contada entre vuestros mejores hechos de guerra*”.³³

6. EMILE ZOLA Y EL J'ACCUSE

La cuestión Dreyfus se torna más conocida en el mundo con la participación del ya consagrado escritor Emile Zola. En enero de 1898, Zola, integrado a los “*dreyfusards*”,³⁴ y quien ya había escrito algunos artículos a fines de 1897 a favor de Dreyfus, queda indignado con la decisión del Consejo de Guerra de absolver a Esterhazy. Éste salió del juicio en los brazos del pueblo que se aglomeró durante el juicio, insuflado por la prensa antidreyfusista.

Emile Zola, enterrando su sueño de integrar la Academia Francesa de Letras, busca a Georges Clemenceau, del cuerpo editorial del diario “Aurore”, y lee su artículo, que era una Carta Abierta al Presidente de la República Félix Faure. Después de escuchar, el propio Clemenceau, sugiere el título “*J'Accuse*”, que fue publicado el 13 de enero, dos días después de la absolución de Esterhazy. Es la obra maestra de Zola. Crítica el juicio “*à huis clos*”, dice: “*Aunque un*

traidor hubiese abierto la frontera al enemigo para permitir que el emperador alemán tomase Notre Dame, no serían tomadas precauciones de sigilo y misterio tan severas”.³⁵ Elogia a Picquart: “*El Teniente Coronel Picquart estaba cumpliendo sus obligaciones de hombre honesto. Insistía con sus superiores en nombre de la justicia*”.³⁶ Sobre el juicio de Esterhazy decía: “*He aquí, por lo tanto, señor Presidente, el caso Esterhazy: un culpado que era necesario inocular*”.³⁷ “*¿Cómo se puede esperar que un Consejo de Guerra corrija el error de otro Consejo de Guerra?*”.³⁸

Concluye: “*El primer Consejo de Guerra no fue inteligente, más el segundo es forzosamente mentiroso*”.³⁹

Sobre el antisemitismo, Zola dijo: “*Es un crimen confundir a la opinión pública, utilizar para una sentencia fatal esa opinión pública que fue corrompida hasta el delirio. Es un crimen envenenar a los pequeños y humildes, exasperar las pasiones de reacción y de intolerancia, abrigándose atrás de un odioso antisemitismo, de que la gran Francia liberal de los derechos del hombre sucumbirá si no es curada*”.⁴⁰

En la acusación al Estado Mayor refiere: “*Acuso al General de Boisdeffre y al General Gonse de tornarse cómplices del mismo crimen, uno, sin dudas por pasión clerical, y el otro, por ese corporativismo que hace del Ministerio de Guerra un arca santa*

33 Ídem, p. 384.

34 Nombre asignado, en la época, a los defensores de Dreyfus. Sus opositores eran los “antidreyfusards”.

35 Zola/Ruy Barbosa, Op. Cit., p. 39.

36 Ídem, p. 44.

37 Ídem, p. 46.

38 Ídem, p. 47.

39 Ídem, p. 47/48.

40 Ídem, p. 49.

inatacable".⁴¹ Reitera su desprecio a los acusadores de Dreyfus: *"En cuanto a las personas que yo acuso, no las conozco, nunca las vi, no nutro por ellas rencor ni odio. Para mí, no pasan de entidades, de espíritus de malevolencia social. El acto que aquí realizo no es nada además de una acción revolucionaria para apresurar la explosión de verdad y justicia"*.⁴²

Al final del artículo, Zola reconoce que podrá ser procesado, y afirma: *"Haciendo esas acusaciones, no ignoro encuadrarme en los artículos 30 y 31 de la Ley de Prensa del 29 de julio de 1881, que pune los delitos de difamación. Y es voluntariamente que yo me expongo"*.⁴³ Pero proclama: *"Mi protesto inflamado no es nada más que un grito de mi alma. Que osen, por lo tanto, llevarme al Tribunal de Jurados y que la investigación suceda en pleno día"*.⁴⁴

Los diarios responden al artículo de Zola diciendo que él no es francés (es veneciano) y que hizo eso por dinero y *"para vender sus obras inmundas"*.⁴⁵ Una serie de incidentes antisemitas ocurren por toda Francia estimulando aún más los ánimos entre los partidarios de Dreyfus y los contrarios, todos pidiendo *"Muerte a los Judíos. Muerte a Zola. Muerte a Dreyfus"*,⁴⁶ con incontables agresiones y saqueos a comercios de judíos, más allá de las sinagogas. Los duelos se multiplican por toda Francia. Los efectos serán percibidos en las elecciones del parlamento que elige cuatro antisemitas

de cada seis diputados electos, formando el grupo antisemita de la Cámara.

El 7 de febrero, el proceso contra el escritor fue instaurado por ofensa al Ejército y después de meses de juicio ante el jurado popular, compuesto por doce personas, y presidido por un juez togado, la expresión más oída fue *"pregunta denegada"* a las pretensiones de los abogados de reexaminar el caso Dreyfus.⁴⁷

Picquart, antes de comparecer como testigo en el caso Zola, es sometido a un proceso administrativo y retirado del Ejército por falta grave, al mostrar documentos secretos a civiles. La intención del comando del Ejército era desacreditarlo, y en esa condición, ser oído en el proceso contra Zola.

A pesar de todo, los abogados de Zola consiguieron, en varias ocasiones, rediscutir las pruebas del juicio del Capitán Dreyfus. En uno de esos momentos, un general cita el contenido del documento entre los Agregados Militares de Italia y Alemania que contiene el nombre de Dreyfus, diciendo que si alguien fuere preguntado sería para negar siempre cualquier relación con Dreyfus. En realidad, los generales sabían que ese documento era el *"falso Henry"*.

El Mayor Esterhazy es convocado como testigo, más permanece en silencio y nada responde a las preguntas de la defensa. Percibiendo que el Ejército continúa bajo sospecha, el General Boisdeffre comparece

41 Ídem, p. 52.

42 Ídem, p. 53.

43 Ídem, p. 53.

44 Ídem, p. 53.

45 Bredin, p. 286.

46 Ídem, p. 325.

47 Labori, Marguerite Fernand *ses notes manuscrites, sa vie*, Paris, Victor Attinges, 1947, p. 36. Apud Bredin, p. 308. Clemenceau dijo que *"si Zola fuera absuelto ninguno de nosotros saldría vivo"*.

al juicio y profiere su famosa declaración: “*Si la Nación no tiene confianza en los jefes de su ejército, en aquellos que tienen la responsabilidad de la defensa nacional, estamos prontos para dejar para otros esa pesada tarea. Sólo necesitan decir. No diré ni una palabra más*”.⁴⁸

La condenación de Zola repercute en todo el mundo. El Diario “Daily Mail” de Londres dice: “*Francia desaparecía de la lista de las naciones civilizadas*”.⁴⁹ Clemenceau habría dicho más tarde: “*Si Zola fuera absuelto, ninguno de nosotros saldría vivo*”.⁵⁰ Poco después, hubo recurso de los abogados y el proceso fue anulado por vicio de forma por la Corte de Casación, pues el Ministro de Guerra fue quien formuló la representación en nombre del Consejo. Luego, los miembros del Consejo de Guerra, de forma individual, procesan a Zola. Por la decisión de la Corte de Casación, el proceso contra Zola ahora se tramitará en Versalles, con inicio marcado para el 23 de mayo, después de las elecciones legislativas, para que el orden público en París sea preservado. Una vez más los militares estarán presentes para presionar a los jurados. Una vez más, ahora definitivamente, Zola será condenado a la pena máxima prevista para el crimen de difamación, de un año de prisión y pago de tres mil francos. En esa elección, los “*dreyfusards*” Joseph Reinach y Jean Jaurés no consiguen ser electos.

Quedó evidente en el proceso contra Zola que había un pacto dentro del Estado Mayor francés contra Picquart, con la intención de procesarlo y contra cualquier revisión del caso Dreyfus.⁵¹ Orientado por sus abogados, Zola se exilia en Inglaterra. Diarios de todo el mundo publican artículos contrarios a la condena, pues “*la doctrina de la igualdad ante la ley estaba aún tan firmemente implantada en la conciencia del mundo civilizado que un único error de la justicia era capaz de provocar la indignación pública; de Moscú a Nueva York*”.⁵² De Brasil llegaron diversas manifestaciones, ciertamente por las informaciones anteriores de Ruy. Fue en Bahía que nació, el 17 de marzo de 1898, sólo dos meses después de la Carta de Zola, un Club Emile Zola, presidido por el médico bahiano Juliano Moreira. Un mensaje es enviado al autor francés. Fue firmado por 226 personas, en un Libro de Oro, siendo Afrânio Peixoto uno de los signatarios, además de médicos, miembros del poder judicial, masones, senadores del Estado de Minas Gerais, periodistas y militares.

Surge, en esa época, una manifestación a favor de Zola de incontables personalidades de las artes, ciencias y de las letras de diversos países, especialmente de Francia incluyendo, entre otros, Claude Monet, Charles Péguy, Sara Bernhart, Octave Mibeu, Anatole France, Todos fueron denominados, peyorativamente por la prensa, como “*intelectuales*”.⁵³

48 Bredin, p. 305.

49 Ídem, p. 310.

50 Labori, Marguerite Fernand- ses notes manuscrites, sa vie, Paris, Victor Attinges, 1947, p. 36, Apud Bredin, p. 308.

51 Conforme Begley, p. 116.

52 Arendt, Hanna. Orígenes del Totalitarismo. Antisemitismo, Imperialismo Totalitarismo, Traducción de Roberto Raposo, 8ª impr. SP: Cía. de las Letras, 1989, p. 113.

53 Conforme Bredin, Op. cit., p. 314, “la expresión ya había sido utilizada por Maupassant en 1879, después por Barrés en 1894 y que era usado, desde entonces, en pequeñas revistas literarias, cerradas y presuntuosas. La palabra, tomada en una acepción peyorativa, podía desvalorizar la vanidad de los pensadores que pretendían dar su opinión en los casos públicos.”

6. EL SEGUNDO JUICIO EN RENNES

Se hizo imposible para el gobierno, a quien cabía pedir la revisión por la Corte de la condenación de Dreyfus, soportar la presión que aumentaba sobre la exhibición de los documentos secretamente presentados a los miembros del Consejo de Guerra cuando estaban reunidos en la sala secreta; o aún de la serie de documentos forjados por Henry, quien se había matado en la prisión.

Comienza a aumentar la presión de la prensa a favor de la revisión del caso, ahora mayor con la participación de diversos escritores que se adhieren a la inocencia de Dreyfus, aunque aún se perciba que *“la prensa dreyfusista no cubre, en 1898, 10% del total y es esencialmente parisiense”*.⁵³ El Ministro de Justicia, antes de pedir la revisión del caso, propone al Parlamento la alteración de la composición de la Cámara para revisión, ampliándola para todas las Cámaras Civiles y Criminales, pues se creía que si fueran sólo las Criminales, tendrían decisión favorable a Dreyfus.

El Capitán Martin Freystatter, uno de los jueces del primer Consejo y militar respetado por su historia y carrera en el Ejército, siempre en los frentes de combate, fue uno de los incontables testigos llamados a deponer en la investigación instaurada por la Corte de Casación, hecho que ocasionaría el fin de su carrera. Él dirá que el Coronel Maurel, Presidente del Consejo

de Guerra, habría pedido que leyesen los documentos encaminados por el General Mercier, antes de decidir. Entre esos documentos había un mensaje del agregado militar alemán al agregado militar italiano, Pannizard, con la expresión *“el canalla D”*. La referencia era, coincidentemente, a otra persona, cuyo nombre tenía la letra inicial D, o sea, a Jacques DUBOIS, un civil que era del Sector de Cartografía del Ministerio de Guerra, que ya había sido investigado por el servicio de inteligencia francés, pero no habían conseguido pruebas.⁵⁴ Freystatter, también testigo en el Consejo de Guerra de Rennes, a pesar de la presión de sus superiores, escribió en 1900, a pedido de Joseph Reinach, un largo relato del juicio de Dreyfus en 1894.⁵⁵

El 3 de junio de 1899, la Corte de Casación resuelve anular el juicio de 1894 y determina que el Capitán Alfred Dreyfus sea sometido a nuevo juicio. Dreyfus es traído desde la Isla del Diablo a la ciudad de Rennes. En julio del mismo año, Esterhazy, ya retirado por problemas de salud y residendo en Inglaterra, concede una entrevista al diario *Le Matin* y afirma que fue el autor del bordereau y que habría atendido a la determinación de sus superiores. Luego, va a publicar su libro de memorias denominado *“Les Deus sous del “Affaire sans Dreyfus”*, donde afirma que él fue un agente doble y que todo el Estado Mayor sabía sobre sus actividades. Señala también, que Dreyfus siempre fue sospechoso y que *“justificada-mente convencidos de la culpa de Dreyfus,*

53 Bredin, p. 321.

54 Más tarde el Agregado militar Schwartzkoppen dice en sus memorias (Carnets) que el “D” se refería a Dubois y que éste habría vendido gran número de mapas y documentos secretos y que continuó vendiendo incluso después de que Dreyfus fue condenado. (SHIRER, William L. La Caída de Francia. El Colapso de la Tercera República. Vol. 1. Traducción de Leônidas C. de Carvalho. SP: Distribuidora Record, p. 76.

55 Puede ser visto en <<http://www.affairendreyfus.com/2013/01/archives-freystatter.html>>

(los investigadores) *partieron del principio de que necesitaban de pruebas materiales concretas en vez de evidencias morales absolutas que tenían, y ese fue el principio de toda la insanidad*".⁵⁶

Dreyfus es defendido por su antiguo abogado, Edgar Demange y, aún, por Fernand Labori, que defendió a Zola. El juicio comenzó el 7 de agosto y terminó el 9 de setiembre de 1899. Durante ese tiempo, desfilaron por la ciudad miles de personas, especialmente militares y periodistas corresponsales de diarios de diversos países. La ciudad de Rennes estaba repleta.

Algunos días después de iniciado el juicio, Labori es víctima, cuando caminaba por la mañana en dirección al lugar del juicio, de un atentado con pistola, sufriendo heridas leves. El criminal no fue localizado por la policía.

Al final, Dreyfus, a pesar de todas las pruebas contra Esterhazy, incluida una declaración de que no podría comparecer a juicio como testigo en razón de problemas de salud, pero repetía que todo lo que hizo fue obedeciendo las órdenes del Estado Mayor Francés, fue condenado –por cinco votos contra dos– a diez años de detención, con “circunstancias atenuantes”. Cómo podrían siete jueces juzgar contra sus generales, líderes del Ejército “Los

sumos sacerdotes del Santo Arca”, como eran conocidos los oficiales del Estado Mayor del Ejército francés.⁵⁷

Incluso Dreyfus, siempre reservado en sus manifestaciones, señala: “*la verdad tenía el peso del número de galones en la manga del uniforme*”.⁵⁸ La prensa antidreyfus proclamó: “*La sentencia de Rennes vale un nuevo Austerlitz. Es una gran y bella victoria francesa contra el ejército de los judíos y de los cosmopolitas*” (La Libre Parole). Por otro lado, el socialista Jean Jaurés, destaca en un artículo publicado en el diario “*La Petit Republique*.” Lo jueces militares se deshonran al condenar a Dreyfus inocente.⁵⁹

En el extranjero, la indignación es general. Los Estados Unidos hablan de punir a la Exposición Universal prevista para París en 1900.⁶⁰ La reina Victoria, de Inglaterra, informada por el Lord Chief Justice, su enviado especial a Rennes, telegrafió a éste diciéndole que “*recibió con asombro la noticia del horroroso veredicto*”.⁶¹ El diario “*Mail Express*”, de los Estados Unidos, señaló que “*los más célebres juicios falsos eran modelos de sinceridad al lado de los testimonios de Rennes*”.⁶² La presión internacional aliada a la creciente onda dreyfusista presiona al gobierno francés por una solución radical: un indulto.

56 Begley, p. 121.

57 Begley, p. 164.

58 Ídem, p. 164.

59 Bertin, Claude. Los Grandes Juicios de la Historia. Rio: Otto Pierre Editores Ltda, 1978, p. 238.

60 Ídem, p. 238.

61 En Carreiro, José Bruno. El Drama del Capitán Dreyfus. Porto. Editorial Educación Nacional, p. 492.

62 Ídem, p. 492.

EPÍLOGO

«Si tu veux que je vive fais oi
rendre mon honneur»⁶³

Con la presión, el Presidente Emile Loubet, el 19 de setiembre de 1899, concede el perdón a Dreyfus. Dreyfus, antes de aceptar, pide la comprensión de los que lo defendieron y desiste del recurso. La mayoría no acepta el perdón, más reconoce que él no tendría condiciones de retornar a la prisión en la Isla del Diablo, pues moriría, ya que estaba con varios problemas de salud.

La redacción del documento en que Dreyfus afirma que no estaba desistiendo de la lucha fue hecha por Jean Jaurés: *“El gobierno de la República me devuelve la libertad. Eso no significa nada para mí sin mi honra. Comenzando hoy, continuaré buscando la reparación del terrible error judicial del cual aún soy víctima. Quiero que toda Francia sepa, después de un juicio definitivo, que soy inocente. Mi corazón no descansará mientras quede un único francés que me considere responsable por un crimen que fue cometido por otro”*.⁶⁴

El 19 de noviembre de 1899, Waldeck- Rousseau, Presidente del Consejo de Ministros, envió su propuesta de ley de amnistía, que incluía todos los crímenes cometidos en asociación con el caso Dreyfus. La excepción era el crimen por el cual Dreyfus había sido condenado en Rennes. La amnistía alcanzaba, incluso, los procesos

contra Zola y Picquart. La Ley fue promulgada a finales de 1900.

Por otro lado, todos los militares del Estado Mayor estaban libres de cualquier proceso. Dreyfus requiere la revisión de su proceso. Sólo el 12 de julio de 1906, la Corte de Casación, por unanimidad, anula el juicio de Rennes y declara que Dreyfus fue injustamente condenado. La Corte, percibiendo que Dreyfus podría ser condenado por un tercer Consejo de Guerra, por 31 votos a 18, decide no someterlo más a nuevo juicio, entendiendo que no habría cualquier crimen o transgresión a ser apurada, encerrando definitivamente el caso. Fernand Labori publica un artículo, en La Grande Revue, del cual es redactor jefe: *“El caso está muerto; el perdón lo mató”*...⁶⁵ Añade: Alfred Dreyfus dejó de ser un símbolo, y el caso Dreyfus, de ser un programa.⁶⁶

En la noche del 28 al 29 de setiembre de 1902, Zola aparece muerto asfixiado por las emanaciones de una chimenea medio bloqueada. ¿Crimen o accidente? Cincuenta años más tarde, el periodista Jean Bedel contará que en 1927 un contratista desholliador habría confesado haber sido él quien, con la ayuda de algunos amigos, bloqueara intencionalmente la chimenea.⁶⁷

Zola es enterrado en el cementerio de Montparmasse y Anatole France diría en sus funerales *“J’Accuse representó un momento de la conciencia humana”*.⁶⁸ Georges Clemenceau, ahora Presidente del Consejo

63 “Si quisieres que yo viva, haz que ellos me devuelvan mi honra” Placa en la base de la estatua estilizada de Dreyfus, obra de Louis Miltelberg (Tim) que hoy está en la Plaza Pierre Lafue (París).

64 Begley, p. 170.

65 Bertin, Claude. Op. cit., p. 248.

66 Bertin, Claude. Op. cit., p. 249.

67 Ídem, p. 259.

68 Apud Homero Senna, p. 10.

de Ministros y Georges Picquart, Ministro de Guerra, aunque defensores de Dreyfus, no conceden el tiempo que él estuvo preso y fuera del Ejército y se niegan a presentar una ley para que pudiese ser promovido. Dreyfus es condecorado con la Legión de Honra y se retira en julio de 1907.

En 1908, los restos mortales de Emile Zola son transferidos al Panteón. Dreyfus es herido por el periodista Louis Gregori, con un tiro de pistola, siendo absuelto. Confesó haberle disparado por sublevarse contra el hecho de que le presten honras militares a la *“traición de Dreyfus y al antimilitarismo de Zola”*.⁶⁹

Dreyfus vuelve a la actividad en la 1ª Gran Guerra Mundial, inicialmente en el Estado Mayor de Artillería, participando de varios combates. Después de la guerra, retorna a su condición de retirado y en septiembre de 1918 es promovido a Teniente Coronel. Más tarde, en 1930, recibe una carta de la esposa del agregado militar alemán Schwartzkoppen con los diarios de su marido, donde consta que el único traidor había sido Esterhazy. Dreyfus murió el 12 de julio de 1935, en París, siendo enterrado en el cementerio de Montparnasse.

En 1994, a pedido del Presidente François Mitterrand, una estatua de Dreyfus estilizada con una espada quebrada en sus manos fue construida por el escultor

y dibujante TIM (Louis Mittelberg). Al principio, proyectada para ser colocada en el patio de la Escuela Militar, lugar de la degradación, fue vetada por los militares, siendo transferida al Jardín de las Tullerías y después colocada en la desconocida plaza Pierre-Lafue, próxima a la estación subterránea Notre-Dame-des-Champs.

En el 2006 se realizó una campaña, con ocasión del centenario de la exoneración de Dreyfus, para transferir sus restos mortales al Panteón, más fue negado bajo la justificación de que es local de reposo para héroes y no para víctimas.⁷⁰ El 12 de julio de 2006, Jacques Chirac hizo el panegírico de Dreyfus en el patio de la École Militaire, *“declarando inequívocamente que Dreyfus no cometió traición”*.⁷¹

La Asociación Internacional de Justicias Militares (AIJM), al realizar su reunión en París, el 22 de septiembre de 2014, depositó una corona de flores en el túmulo de Dreyfus en el cementerio de Montparnasse.⁷² Dreyfus debería estar en el Panteón, pues fue víctima del mayor error judicial de la historia y héroe de una causa que involucró a muchos franceses, que lo defendieron y que se tornaron conocidos, exactamente por tener el coraje de defenderlo contra todo y contra todos. Sería un homenaje simbólico a todos los que sufrieron por defender la justicia.

69 Bertin, Claude. Op. cit. p. 260.

70 Begley, p. 181.

71 Idem, p. 181.

72 Localizado en la cuadra 28, túmulo 91.

LA JUSTICIA MILITAR BAJO LA LUPA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: APROXIMACIÓN COMPARADA

Arturo Antonio Giles Ferrer¹

Resumen: El presente estudio pretende analizar el tratamiento de la justicia militar en la jurisprudencia del TEDH, a propósito de la referencia a algunos casos que han servido de impronta para el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y el Tribunal Constitucional Peruano, desde una perspectiva comparada en algunos de los estados que tienen modelos propios, de los cuales se han derivado los otros, con el propósito de mejorar la comprensión de nuestro modelo de justicia militar, analizando no sólo las normas del Derecho Extranjero, sino el funcionamiento de las instituciones y el particular contexto histórico, jurídico y político en el que éstas se desarrollan².

-
- 1 Vocal Supremo del Fuero Militar Policial, Doctor en Derecho y Ciencia Política y Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, ambos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Bachiller en Derecho y Abogado, grado y título otorgados por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
 - 2 Se ha revisado dos trabajos inéditos de CARRUITERO LECCA, Francisco, “La jurisdicción militar en el Perú: Desarrollo histórico y problemática actual”, trabajo de investigación para obtener el diploma de estudios avanzados en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Castilla de la Mancha, Toledo, España, 2010, 213 pp. el Capítulo II La Jurisdicción Militar en el Derecho Comparado, con especial referencia al derecho español: razones para su mantenimiento o eliminación, concretamente el 2.4 los modelos de jurisdicción militar, el europeo continental 2.4.1, anglosajón 2.4.2, alemán, francés y holandés 2.4.3, páginas 71 a 74 y parte del Capítulo III Los sistemas de jurisdicción militar en el derecho comparado, correspondiente a su tesis doctoral “Los fundamentos históricos y constitucionales de la jurisdicción militar española”, año 2013, páginas 105 a 134, con cuyas ponencias en relación al tema que me ocupa, coincido. En ambos trabajos, pese a que no se aprecia un desarrollo importante de la

El Derecho Comparado es, según la fuente de C. Sirvent Gutiérrez³, *“una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado”*.

Desde una perspectiva poco conocida pero muy inteligente, J.J. Fernández Rodríguez⁴, anota que la disciplina que nos ocupa, posee ciertas particularidades que le dan autonomía, sin exceder, empero, los límites de las ciencias jurídicas.

En palabras de K. Zweigert y H. Kötz⁵, actualmente no cabe duda alguna, que la aproximación profesional al Derecho Comparado cumple no pocas tareas de trascendencia, o sea, no hay trabajo que se precie de serio cuando se reduce a lo que se suscita al interior de las fronteras.

Pizzorrusso⁶ por su parte, anota: *“el método empleado por los comparatistas es exclusivamente el método jurídico, por lo cual desde este punto de vista ninguna diferencia existe entre la obras de los cultores de*

las disciplinas jurídicas, mientras que existe una correspondiente distinción entre sus obras y las de los filósofos, sociólogos, antropólogos, etnólogos y politólogos”.

De lo expresado, fluye con claridad meridiana, la necesidad del análisis de la justicia militar en sus diferentes modelos y en el Derecho comparado, pues parafraseando a Fernández Segado⁷, el estudio extranjero de las instituciones jurídicas resulta de la mayor importancia como lo sostienen Biscaretti⁸ y Sánchez Agesta⁹ entre otros autores, atendida la circunstancia que conjuntamente con este rol formativo, la comparación cumple otras finalidades que van desde la elaboración de un concepto tipo o de un sistema (no olvidemos que ya el estagirita¹⁰ estudió los textos constitucionales de la antigüedad, comparándolos para inferir de sus tópicos una caracterización axiológica que posibilitara la construcción de la constitución perfecta) hasta obtener lo que se suele llamar un contraste de particularidades (el autor de “El espíritu de las leyes”, comparaba para una mejor comprensión de las particularidades de las

jurisprudencia del TEDH en materia de justicia militar, sólo se visualizan algunas citas, empero se hace un interesante estudio comparado teniendo en cuenta sustancialmente los casos español en la tesis doctoral y peruano en el trabajo de investigación, que aquí por razones de espacio y tiempo no se trata.

3 C. SIRVENT GUTIÉRREZ: “Sistemas jurídicos contemporáneos”.

4 J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “La inconstitucionalidad por omisión”, Teoría general, derecho comparado, el caso español, Editorial Civitas, Madrid, pág. 240.

5 K. ZWIEGERT y H.KÖTZ: “Introducción al derecho comparado”, México: Oxford University Press, 2002, pág. 16.

6 A. PIZZORRUSO: “Curso de Derecho Comparado”, Ariel, Barcelona, pág. 79.

7 FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO, “La Jurisdicción Militar en la Constitución española 1978. Su organización y ámbito competencial”. En Jurisdicción Militar y Constitución Iberoamericana. Grijley, Lima, 1997, págs. 131 a 232., pág. 132.

8 BISCARETTI DI RUFFIA, PAOLO: “Introducción al Derecho Constitucional Comparado” (Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”. Las Constituciones modernas), Fondo de cultura Económica, México, 1975, pág. 14.

9 SÁNCHEZ AGESTA, LUIS: “Curso de Derecho Constitucional comparado”, 5ª ed., Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1973, pág. 21.

10 *Nota del Editor: Estagirita*, (del Latín stagirites) adj. Natural de Estagira perteneciente a esta antigua ciudad de Macedonia, patria de Aristóteles.

instituciones de diferentes estados), teniendo en cuenta que el estudio comparado es particularmente valioso de cara a repensar creativamente las instituciones, según la fuente de Pablo Lucas Verdú¹¹. El aporte del Derecho Extranjero al terreno de la política legislativa vale decir, de la nomotética¹², resulta útil, toda vez que, una correcta inteligencia de la normatividad e instituciones de estados con sistemas similares es imprescindible para enfrentar los nuevos desafíos que se expresen en el sistema jurídico peruano y concretamente en lo relativo a la justicia castrense.

A ese respecto, es útil mencionar que el modelo de justicia militar que adopta un Estado tiene que ver también con la concepción que se tenga de las Fuerzas Armadas. En democracia, existen dos caracterizaciones de la Fuerza Armada, administrativista e institucionalista. Caracteriza la concepción administrativista de la Fuerza, su ubicación como órgano de ejecución del Poder Ejecutivo en general y del Ministerio de Defensa en particular, sin ápice de autonomía. Esta concepción es propia de los países que perdieron la Segunda Guerra Mundial, como Alemania o Japón, y de aquellos otros que sin haberla perdido, quedaron sumamente afectados como Francia, que reduce sustancialmente cuando no desaparece, a la justicia castrense; frente a la cual tenemos la concepción institucionalista que piensa a la Fuerza Armada como una Institución,

incluso con autonomía normativa como sugiere el Art. 168° de la Constitución Política del Perú, lo que robustece a la justicia privativa. Sólo que en nuestro medio dicha caracterización se mezcla con la administrativista contenida monótonamente en las sucesivas leyes del Ministerio de Defensa y también en la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1134 de 09 de diciembre de 2012, que considera a las Instituciones Armadas como órganos ejecutores del Ministerio de Defensa, el cual es parte del Poder Ejecutivo. Resulta curioso constatar que en nuestra Constitución estén mencionadas las tres Fuerzas Armadas (Art. 165°), no así el Ministerio de Defensa.

De otro lado, es de anotar que histórica y comparativamente, como se indica en la página 9 del Informe Defensorial N° 6¹³, “la existencia de un ordenamiento jurídico militar autónomo...” y diferente pero siempre subordinado al ordenamiento jurídico nacional es y ha sido la constante en las “sociedades a lo largo de la historia”.

Sin embargo, en el Derecho Militar histórico español por ejemplo, no estaba clara la distinción entre lo disciplinario y lo penal, ni en lo sustantivo ni en la actuación de cada uno. Ello se evidenciaba frente a “la acentuada confusión entre la potestad de mando y la potestad jurisdiccional y a la postre el predominio de la primera sobre la segunda”.¹⁴

11 LUCAS VERDÚ, Pablo. “Curso de Derecho Político”, Editorial Tecnos, vol.I, Madrid, 1972, pág. 415.

12 Nota del Editor: Nomotética, en Derecho y etimológicamente, significa proposición de ley. Se usa también en filosofía, sociología y psicología.

13 DEFENSORIA DEL PUEBLO, “Informe Defensorial N°. 6, Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú”, Lima: Editorial Trama Azul Editores, 1998.

14 JIMENEZ VILLAREJO, José. *Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid, 1991, p. 8.

A decir de Jiménez Villarejo¹⁵: “conviene recordar que ha sido un rasgo típico de la sociedad tradicional, del que perviven en la moderna no pocos residuos, el de la particularidad, mayor o menor, de los ejércitos con respecto a la sociedad global. Una manifestación de dicho rasgo (cuya versión patológica sería un cierto grado de autonomía del mando militar en relación con el poder civil) es la existencia de un ordenamiento jurídico singular, de carácter fundamentalmente sancionador, que tiene como objetivo prioritario tutelar determinados valores (entre ellos, con marcado relieve, la disciplina) definidos y vividos como indispensables para la eficacia e incluso para la propia existencia de la institución castrense. La especialidad de este ordenamiento se ha subrayado, en no pocas ocasiones, con tanta fuerza que se ha rechazado la posibilidad de que su interpretación y aplicación se realice desde una instancia jurídica ajena a los ejércitos”.

Coincidimos con Carruitero¹⁶ en el sentido que resulta de la mayor importancia tener una correcta inteligencia respecto de los modelos que desde una óptica histórico-constitucional, han sido diseñados para el tratamiento de la jurisdicción privativa.

A decir de Carruitero¹⁷, independientemente de nuestra concepción de justicia en función a sus semejanzas o diferencias con las categorías jurisdicción y competencia, diferencia existente entre el injusto penal y la falta disciplinaria en orden a que de conformidad con el principio jurídico de lesividad, se opta por diferenciar entre el

“hecho punible”, competencia de la justicia privativa y la “falta”, que será sustanciada ante un colegiado administrativo, ya que usualmente se tratará de una falta o infracción disciplinaria, cuya afectación se constriñe a los bienes y valores que protege la entidad administrativa respecto de la cual el investigado es efectivo. No obstante estas semejanzas y diferencias, la manera de normar a la “jurisdicción castrense” fue distinta en las diferentes etapas de la historia y en los distintos estados del orbe.

Siguiendo al autor mencionado, si aspiramos a un modelo moderno, adecuado a nuestra realidad social y a la tradición jurisdiccional, tenemos que estudiar la actual situación. Para ello resulta útil efectuar una tipología relativa a los modelos preexistentes al nuestro, que se ocupan de la Jurisdicción castrense.

En efecto, las distinciones que puedan darse en función del tratamiento constitucional de esta jurisdicción especial entre uno y otro estado, pueden llevar a identificar usos, costumbres, patrones similares a los que se afilian diversas sociedades políticamente organizadas, a las cuales llamamos “modelos”.

Definimos a los modelos como aquellas estructuras jurídicas permanentes, que han influido en otros estados. De esta forma entendemos como equivalentes las acepciones “sistema” y “modelo”. Zolezzi (1978)¹⁸

Resulta importante mencionar que tales modelos en el tiempo se han ido

15 JIMENEZ VILLAREJO, José, ob. cit. pág.7-8.

16 CARRUITERO LECCA, Francisco: “Los fundamentos históricos y constitucionales de la jurisdicción militar española”, pág. 106.

17 Ob. cit., pág. 106.

18 Para una definición técnica del concepto “modelo”, ver ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo: “Derecho y Desarrollo”, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1978.

transformando, de suerte que la evolución tecnológica y la variación de las clases de conflictos armados internacionales o no, explica la importancia de un tratamiento normativo autónomo de la jurisdicción castrense en el ordenamiento de cada país, teniendo en cuenta, además, directrices básicas de dichas regulaciones jurídicas, independientemente del modelo al que nos afiliemos, ya que las instituciones, a diferencia de los satélites, rara vez se quedan en el lugar en el que los diseñó su creador y las justicias militares son una buena muestra de esa dinamicidad que nos presentan las instituciones del derecho público en su afán por adecuarse a los nuevos tiempos, vale decir, a los nuevos roles de las Fuerzas Armadas y a la nueva concepción garantista de su procedimiento de aplicación, en orden a hacerlas más respetuosas de los derechos fundamentales de los procesados, en el marco del Estado de Derecho Constitucional que se postula para los diferentes estados.

¿Cuáles son los indicadores que harán posible precisar tales modelos? ¿Qué es lo que caracteriza a la jurisdicción castrense que posibilite diferenciar los citados sistemas? Proponemos, los siguientes:

1. SISTEMA ANGLOSAJÓN

Lo caracteriza la no existencia de tribunales castrenses permanentes en época de

paz. Tales colegiados privativos son llamados cuando la necesidad se hace presente. Los estados más caracterizados son los estados anglosajones o de origen anglosajón, Inglaterra, Irlanda del Norte, Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, África del Sur, Israel, Australia, Corea del Sur, Liberia, Nigeria, Filipinas, Sudán, Nueva Zelanda y Tailandia, con competencias específicas, a saber: delitos de motín, sedición y desertión, debido a lo cual sólo pueden procesar al personal en situación militar de actividad y en muy concretos¹⁹ casos²⁰.

En Inglaterra, a decir de la Mutiny Act, de 1869, la jurisdicción privativa en época de ausencia de guerra está en los Consejos de Guerra o Courts Martial con presencia de los Auditores²¹, quienes son competentes para conocer de los hechos punibles de desertión, motín y sedición. Constituyen sus notas características, la rígida delimitación de competencias de los tribunales militares y de a quienes pueden investigar, alcanzando a castrenses en situación militar de actividad y a reservistas mientras su servicio en el activo. Por regla general, los civiles, salvo escasas y muy contadas excepciones, no están sujetos a la ley penal militar, ni en época de conflicto armado. Pero aun así, las penas impuestas por los Consejos de Guerra deben ser confirmadas por el Superior. El citado magistrado tiene la atribución de ordenar que la Corte revise el proceso o solicite la variación del fallo, pero no puede imponer sanción penal superior. De otro

19 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La Justicia militar en el Derecho Comparado", en *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, págs. 49 y 50, 1992.

20 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La Justicia Militar en el Derecho Comparado", en *Revista de Derecho General*, Madrid, p. 339, pág. 49 y 50.

21 Para un estudio prolijo de la Jurisdicción militar del Reino Unido de Gran Bretaña véase los trabajos, siguientes: Ch. D'OLIVER FARRAN, "Organización y procedimiento de los Tribunales Militares británicos", en REDEM, N° 2, julio-diciembre, págs. 69 y ss., 1956; J.L. Rodríguez Villasante y Prieto, "El Derecho Militar del Siglo XXI (Segunda Parte): La Organización de la Jurisdicción militar. Diversos Sistemas de Derecho Comparado y Legislación Comparada, en REDEM, N° 83, enero-junio, págs. 59 y ss., 2004.

lado, quien es juzgado por un tribunal militar tiene el derecho de impugnar ante el monarca, una sentencia condenatoria.

Posteriormente a los lamentables acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial, se estableció una instancia de apelación superior para la Jurisdicción castrense, a través de la Courts Martial –Appeals– Act de 1951. Esta norma, reformada en 1968, prevé que la sentencia condenatoria de un tribunal castrense pueda ser apelada ante el Tribunal de Apelaciones de lo Criminal del fuero común, compuesto por jueces civiles.

En la Jurisdicción Militar, no aparece con claridad meridiana la diferencia entre delitos e infracciones disciplinarias. Los injustos menores pueden ser enmendados por el mando, sin perjuicio que el efectivo pueda ser penalmente sancionado por un Consejo de Guerra²².

Los Consejos de Guerra en tiempo de paz pueden ser generales y regionales y pertenecer al Ejército, la Marina de Guerra o la Fuerza Aérea²³.

Según la fuente de Ch. D'Oliver Farran²⁴, la diferencia de los Consejos de Guerra está en su organización, categoría y estatuto de aquellos sobre quienes tienen competencia y gravedad sobre las sanciones penales a aplicar. Finalmente, existe un Tribunal Militar de Apelación que es de naturaleza civil y falla sólo sobre cuestiones de derecho²⁵. El rematado puede interponer, además, una petición ante los funcionarios

castrenses superiores, quienes deben confirmar lo resuelto por las cortes marciales²⁶.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– citado por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC, expresó lo siguiente: “60. En Findlay el Tribunal consideró que las dudas del Sr. Findlay respecto a la independencia e imparcialidad de la Corte Marcial encargada de juzgar muchos de los cargos que se le habían imputado, se encontraban objetivamente justificadas. La preocupación del Tribunal estuvo centrada alrededor de los múltiples roles que son ejercidos en procesos de esta naturaleza por el “oficial de la convocatoria”. Este oficial jugó un papel clave en la parte acusadora, pero al mismo tiempo designó a los miembros de la Corte Marcial, los cuales se hallaban subordinados a él por cuestión de rango y se hallaban así bajo su cadena de comando. Él también tenía el poder de disolver la Corte marcial antes o durante el juicio y actuó como “oficial de ratificación” de modo tal que tanto el fallo y la pena que fueran determinados por la Corte Marcial no se reputaban como efectivos hasta que no fueran confirmados por él. El Tribunal estimó que estas fallas fundamentales no podían ser subsanadas con la presencia de garantías, tales como la participación del fiscal militar, quien no era un miembro de la Corte Marcial y cuyas opiniones ante tal corte no eran hechas públicas (...)”.

22 J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, “El Derecho Militar del Siglo XXI...”, ob. cit., págs. 66-67.

23 Al respecto se sugiere revisar la Ley de Disciplina Naval de 1957, Leyes del Ejército y Fuerza Aérea, ambas de 1955.

24 CH. D'OLIVER FARRAN. “Organización y procedimiento de los Tribunales Militares británicos” en REDDEM, N° 2, julio-diciembre, pág. 72, 1956.

25 L. MASIDE MIRANDA, “Panorámica del Derecho Comparado sobre la organización de la Jurisdicción Militar”, Anuario da Facultade de Dereito, Universidade da Coruña, pág.366. 1997.

26 J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, “El Derecho Militar del Siglo XXI.....”, op. cit., pág. 67.

Como se aprecia, en el caso Findlay se criticó a los colegiados castrenses ingleses bajo la Ley Militar de 1955, en la cual los integrantes de la Corte Marcial eran subordinados, directa o indirectamente, al Oficial de convocatoria. El TEDH se refugia, no sin razón, en que el requisito vinculado a la imparcialidad del Tribunal no puede entenderse cumplido cuando quienes juzgan están subordinados, debido al grado militar, a la autoridad o funcionario que formula las imputaciones²⁷.

En el citado caso se dispuso que no existía imparcialidad del Consejo de Guerra, atendida la circunstancia que el Oficial Comandante había intervenido en todas las instancias del proceso. Actualmente, el Oficial instructor recibe su nombramiento no del Comandante sino de la Reina y se subordina al fiscal ordinario cuando ejerce la acción penal. A consecuencia de esta sentencia, con el propósito de hacer frente a la escasa imparcialidad de los Oficiales, se estableció un sorteo entre quienes deben conformar la Corte Marcial para los injustos menores y, asimismo, se estableció un Tribunal de Apelación Sumaria, integrado por un fiscal y dos oficiales²⁸.

Un colegiado castrense puede, por regla general, ser “Tribunal independiente e imparcial”, en clave del Art.6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos²⁹.

A este respecto, es útil mencionar el caso Morris versus Reino Unido, en el cual el TEDH, puntualizó, en los fundamentos 58 y 59, lo siguiente: “58. La Corte estima que es preciso recordar que para poder establecer si un tribunal puede ser considerado “independiente”, debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, la forma de designación de sus miembros y la duración de su mandato, la existencia de garantías frente a presiones externas y la cuestión relativa a la apariencia de independencia que presenta el colegiado. En lo que se refiere a la “imparcialidad”, existen dos aspectos que deben tenerse en cuenta. En primer lugar, el tribunal debe hallarse subjetivamente libre de cualquier prejuicio o tendencia personal. En segundo lugar, debe ser imparcial también desde el punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer las suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima al respecto. Los conceptos de independencia e imparcialidad objetiva están estrechamente vinculados y, como en Findlay, la Corte los considerará de manera conjunta en relación al presente caso” “59. El Tribunal observa que la práctica de utilizar Tribunales proveídos en todo o en parte por los militares para juzgar a miembros de las fuerzas armadas, está profundamente arraigada en los sistemas jurídicos de muchos Estados Miembros. Esto recuerda su propia jurisprudencia,

27 J. GONZÁLES CASSO. *Sobre el derecho al magistrado independiente o quien instruye no juzga*, Dikynson, Madrid, 2004, pág. 42, afirma que las cortes marciales inglesas integradas de acuerdo a la Ley Británica de 1955 han dado lugar a generosos precedentes del TEDH del mismo contenido que en Findlay, particularmente los casos Coney (ejecutoria de 24 de septiembre de 1997), Hood, Cable y 34 militares (resueltos el 18 de febrero de 1999, Morris -26 de febrero de 2002).

28 J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, “El Derecho Militar del Siglo XXI...”, op. cit., pág. 67.

29 CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, disponible en <http://www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf>, consulta de fecha 19 de agosto de 2011, pág. 3. Al respecto el Art. 6.1 de la CEDH prescribe: Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

que pone de manifiesto que un tribunal militar puede, en principio, constituir un “tribunal independiente e imparcial” a los efectos del artículo 6.1 de la Convención. Por ejemplo, en *Engel and Others*, la Corte se encontró con que el Tribunal Supremo Militar de Holanda, compuesto por dos vocales civiles de la Corte Suprema y cuatro oficiales militares, constituía un tribunal. Sin embargo, la Convención sólo tolerará ese tipo de tribunales, siempre que existan suficientes salvaguardias para organizar su independencia e imparcialidad”.

Finalmente, debe considerarse que la parcialidad del magistrado debe ser evaluada en cada caso. A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido que el “principio según el cual se debe presumir que un Tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad refleja un elemento importante de la preeminencia del Derecho” (Caso *Pullar* contra Reino Unido).

Respecto del caso canadiense, es útil mencionar que el Tribunal Supremo de dicho país, justificando la existencia de los tribunales militares, precisa: “El objetivo de un sistema separado de tribunales militares es permitir que las Fuerzas Armadas traten los asuntos que pertenecen directamente a la disciplina, la eficacia y la moral de los militares. La seguridad y el bienestar de canadienses dependen bastante de la buena voluntad y la preparación de una fuerza de hombres y mujeres para defender contra amenazas a la seguridad nacional. Para mantener las Fuerzas Armadas en un estado de preparación, los militares deben

estar en una posición para hacer cumplir la disciplina interna con eficacia y de manera eficiente. Las violaciones de disciplina militar deben ser tratadas rápidamente y, con frecuencia, castigadas con mayor severidad que sería en el caso de un civil que participa en tal conducta. Por consiguiente, los militares tienen su propio Código de Disciplina de Servicio que les permite satisfacer sus necesidades particulares disciplinarias. Además, han dado a tribunales de servicio especiales, más bien que a los tribunales ordinarios, la jurisdicción para castigar las violaciones del Código de Disciplina de Servicio. El recurso a los tribunales ordinarios criminales, por regla general, sería inadecuado para servir las necesidades particulares disciplinarias de los militares”.³⁰

Y respecto del juez militar, el Tribunal Supremo de Canadá, en el caso *Michel Gagnéux* contra la Reina, citado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se pronunció sobre lo valioso que resulta la condición de oficial del cuerpo jurídico militar de los jueces militares: “Una fuerza principal del actual sistema judicial militar descansa en el empleo de oficiales militares entrenados, que son también oficiales jurídicos, para situarlos en las cortes marciales en funciones judiciales. Si esta conexión fuera cortada..., la ventaja de independencia del juez que así podría ser alcanzada, sería más que compensada por la desventaja de la pérdida eventual del juez del conocimiento militar y la experiencia que hoy le ayuda a cumplir sus responsabilidades con eficacia. Ni las fuerzas ni el acusado se beneficiarían de tal separación”³¹.

30 STC recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC FJ 126.

31 STC recaída en el Exp. N° 00001-2009-PI/TC FJ 121.

2. CIRCUNSCRIPCIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR AL TIEMPO DE GUERRA

Este modelo, propio de Alemania, Francia y Holanda, influenciado según Carruitero³² por una tendencia a la “desmilitarización” y por ende, desaparición de la justicia privativa, admite la existencia de tribunales militares únicamente en tiempo de guerra.

En Holanda, también se encuentra suprimida la jurisdicción militar en tiempo de paz. El modelo holandés deja ver que el derecho penal y disciplinario militar no requieren ser aplicados sólo por jueces militares y posibilita que los tribunales ordinarios, compuestos en su mayoría por jueces ordinarios, apliquen este derecho, pero con presencia de un miembro del Cuerpo Jurídico Militar.

Sin perjuicio de lo expresado, cabe señalar que la condición de oficiales en actividad de los jueces no implica, per se, subordinación y falta de independencia. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso Engel y otros contra el Reino de Holanda, del 8 de junio de 1976, párrafo 30, ha señalado, lo siguiente: “Al tomar posesión, todos los miembros del Tribunal deben prestar un juramento que les obliga a ser justos, honestos e imparciales (artículo 9 de las Instrucciones provisionales). Es

cierto que al continuar los jueces militares del Tribunal en su carácter de miembros de las Fuerzas Armadas, se hallan también ligados por su juramento como oficiales, lo cual implica, entre otras cosas, obedecer órdenes de sus superiores. Este último juramento, no obstante, entraña también obediencia a la Ley, lo cual incluye, en general, las “Instrucciones provisionales” que rigen al Tribunal Superior Militar y, en particular, el juramento de imparcialidad que se toma a los Magistrados”.

3. EL MARCO BAJO LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El Sistema euro continental de protección de los derechos Fundamentales³³ es el más caracterizado de los establecidos al respecto³⁴ y ha servido de impronta para sus similares en los otros continentes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CDD-HH) es el que más sentencias ha expedido y ha dado lugar a patrones que determinan el comportamiento de las partes en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Los temas de jurisdicción privativa no son la excepción: en esta línea, los países han cambiado su normatividad en orden a acatar los criterios del TEDH al asignar contenido al Art. 6º de la CEDH³⁵.

32 CARRUITERO LECCA, Francisco. “Los fundamentos históricos y constitucionales de la jurisdicción militar española”, pág. 108.

33 Sobre esta materia, se ha revisado, CONTRERAS V, Pablo. Independencia e Imparcialidad en Sistemas de Justicia Militar: Estándares Internacionales Comparados. *Estudios constitucionales* [online]. 2011, vol. 9, n.2 [citado 2014-12-05], pp. 191-248. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200, con cuyos planteamientos, en el tema que me ocupa, coincido totalmente.

34 Véase a Mac Kenzie (2010), 334 y ss.; Shelton ((2008), pp. 493 y ss.

35 “Artículo 6º. Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. (...)”.

El TEDH pronuncia resoluciones que generan compromisos a cumplir al interior de los estados miembros.

3.1. La casuística del TEDH

El estudio del CDDHH en expedientes de jurisdicción castrense posee la distinción conceptual entre independencia e imparcialidad, como notas características del debido proceso legal, sin el cual nunca puede hablarse en propiedad de justicia. Con relación al acatamiento de la independencia el Tribunal analiza, entre otros, el proceso de designación de magistrados, la duración en las funciones, la rectitud de ánimo de las fuerzas políticas para asegurar su independencia y la ausencia de parcialidad frente al ciudadano de a pie³⁶. La imparcialidad, tiene dos aspectos: subjetivo y objetivo. El primero, a decir del CDDHH, alude a que el colegiado o magistrado sea “subjetivamente libre de sesgos y prejuicios personales”, mientras que la segunda, obliga a que se “provea de suficientes garantías para excluir dudas legítimas al respecto”³⁷. Pese a ser conceptualmente distintas, ambas, el TEDH las analiza con unicidad en diferentes procesos. La Corte de Estrasburgo tiene presente la distinción entre independencia e imparcialidad; sin embargo, dada su estrecha conexión,³⁸ sus resoluciones habitualmente son conjuntamente evaluadas. Este tratamiento está presente en procesos de jurisdicción privativa.

Al respecto, primero se trata las sentencias del CDDHH en lo relativo a juicios castrenses a quienes no tienen la

condición de militar. En el viejo continente no es lo usual y compromete a estados como Reino Unido y Turquía. Posteriormente se trata la independencia e imparcialidad dispuesta por el TEDH cuando las cortes privativas condenan a uniformados. El TEDH tiene un tratamiento casuístico y ponderativo de indicadores que ayudan o afectan a la imparcialidad del *a quo* antes de acreditar la vulneración del Art. 6º de la CEDH. Mayormente los procesos comprometen a Inglaterra y a sus diferentes tribunales militares en función del instituto armado.

3.1.1 Civiles y tribunales castrenses

El CDDHH empezó a tratar la casuística de procesos castrenses a no militares en 1998, por la misma época en que la Corte IDH expidió sus sentencias. Los procesos iniciales se ubican con ocasión de los conflictos armados no internacionales turcos. La táctica jurisdiccional contra la subversión kurda generó implantar “Tribunales de Seguridad Nacional”, no cortes castrenses en estricta jurídica. Empero, nota saltante de estos colegiados estaba en su composición por un cuerpo compuesto por tres magistrados, dos abogados escabinos y un uniformado. Será en esta circunstancia en la que se ubicará la atención del TEDH. Resoluciones posteriores vendrán a confirmar la línea tendencial proscribiendo el procesamiento de no uniformados por estas cortes. No obstante no recusarlo de plano, los requisitos que imponen no son cubiertos por los países miembros.

³⁶ Findlay v. Reino Unido (1997).

³⁷ Id.

³⁸ Id.

¿Un juzgador castrense por estar en la situación militar de actividad, puede afectar la independencia e imparcialidad de la corte? El CDDHH parece asentir. En *Incal v. Turquía*³⁹, un letrado militante del partido laborista, hizo circular pancartas en las que se cuestionaba a funcionarios de ese país.⁴⁰ De acuerdo a la evaluación efectuada por el estado de Turquía, las misivas “sugerían la resistencia frente a la policía y el establecimiento de “comités vecinales”.⁴¹ El servicio de inteligencia turco consideró que la misiva tenía “propaganda separatista, capaz de incitar al pueblo a resistir al gobierno y cometer actos delictivos”.⁴² Por todo ello, fue procesado por violación del Acta de Prevención del Terrorismo, ante la Corte de Seguridad Nacional, integrada por dos jueces ordinarios y un uniformado. El mencionado tribunal lo encontró responsable por los hechos punibles incoados, sentenciándolo a pena privativa de libertad, multa y requisa de las misivas⁴³.

Para revisar el proceso, el CDDHH analizó el estatus de los magistrados castrenses en el derecho de Turquía. Observó que algunos factores coadyuvaban a la independencia e imparcialidad de dichos magistrados, a saber, poseían un estatuto jurídico, algunos respaldos jurídicos con ocasión de integrar las Cortes de Seguridad Nacional así como, por principio, no ser cambiados de colocación o cesados

prematuramente sin su asentimiento y un impedimento dirigido a cualquier funcionario de “dar instrucciones relacionadas a su función judicial o de influenciarlos”⁴⁴ No obstante ello, el TEDH asimismo, comprobó que habían distintos indicios generadores de parcialidad en ellos: son efectivos en situación de actividad, subordinados al Poder Ejecutivo, disciplinables desde el punto de vista castrense, su designación es discrecional “en gran medida” del gobierno de turno y su duración en la función jurisdiccional es efímera, tan solamente de cuatro años.⁴⁵

El CDDHH no se ocupó teóricamente acerca del rol que juegan las Cortes de Seguridad Nacional para procesar presuntos subversivos, abocándose únicamente a su funcionamiento.⁴⁶ A ese respecto, el CDDHH otorgó mérito a “apariencias” de independencia e imparcialidad que deben tener los órganos jurisdiccionales en un estado constitucional de derecho: “(a) decidir si existe una razón legítima para temer que un tribunal en particular carece de independencia e imparcialidad, el punto de vista del acusado es importante sin ser determinante. Lo decisivo es si sus dudas pueden ser objetivamente justificadas”⁴⁷ Para ello, el CDDHH resolvió sobre la legitimidad que Incal tuviera reservas respecto de que el juzgador castrense sería “indebidamente influenciado” a la hora de resolver y ello

39 Incal v. Turquía (1998).

40 Id., párrafo N°s 9 y 10.

41 Id., párrafo N° 16.

42 Id., párrafo N° 12.

43 Id., párrafos N° 15 y 16.

44 Id., párrafo N° 67.

45 Id., párrafo N° 68.

46 Id., párrafo N° 70.

47 Id., párrafo N° 71.

afecta las notas características de independencia e imparcialidad a que se contrae el Art.6° de la CEDH⁴⁸

Dicha sentencia determinará, sustancialmente, el resultado de otro proceso: *Ocalan v. Turquía*⁴⁹ Ocalán ex líder del Partido de los Trabajadores de Kurdistan, fue procesado por crear “un grupo armado cuyo objetivo era la destrucción de la integridad territorial” de Turquía y de instigar actos subversivos⁵⁰. En una sofisticada actitud, fue intervenido y procesado por una Corte de Seguridad Nacional. Antes de 1999, estos colegiados estaban integrados por un aquo castrense y fiscales uniformados. En ese año, la Asamblea Nacional reformó la Carta Fundamental y eliminó al magistrado castrense de esos tribunales, construyendo su sistema legal a las exigencias del TEDH en *Incal*.⁵¹ El proceso a Ocalán fue previo a los cambios, razón por la cual algunas diligencias procesales se sustanciaron ante los dos magistrados comunes y el aquo castrense. En medio del juicio, al hilo de la entrada en vigor de los cambios implementados, un magistrado ordinario fue designado en sustitución del uniformado⁵². La Corte de Seguridad Nacional encontró responsable a Ocalán por “ejecutar actos destinados a la secesión de parte del territorio turco y de entrenar un grupo armado de terroristas para tal efecto”⁵³.

Frente al TEDH, Ocalán argumentó que el magistrado castrense, en ciertos momentos procesales, afectó la garantía del juzgamiento por un colegiado independiente e imparcial. El sustento fue amparado desde el principio: a decir del TEDH, Ocalan debía “temer legítimamente” que el magistrado castrense fuera afectado en su juicio⁵⁴. La justificación es próxima a los argumentos esgrimidos por el caso *Incal*. No obstante ello, se distinguía en que la participación del juez militar fue únicamente al comienzo del proceso judicial y en virtud de esa razón, el TEDH debía pronunciarse respecto de si las diligencias bastaban a efectos de tenerlas como violatorias del Art. 6° de la CEDH. Sobre ese particular, la resolución precisa que los derechos a la independencia e imparcialidad no son obligatorios sólo cuando (el colegiado) resuelve⁵⁵ y si un magistrado castrense ha participado en “una o más sentencias interlocutorias que siguen produciendo efectos en el proceso penal en cuestión”⁵⁶, de otro lado, se priva de la apariencia de independencia e imparcialidad, no obstante la circunstancia de que el aquo uniformado sea posteriormente cambiado por un juez ordinario⁵⁷. La unicidad del proceso judicial subyace a la argumentación del TEDH, facilitando la indispensable prolongación de la *ratio decidendi de Incal*.

48 Id., párrafo N° 72.

49 *Ocalan v. Turquía* (2005).

50 Id., párrafo N° 18.

51 Id., párrafo N° 43.

52 Id., párrafo N° 44.

53 Id., párrafo N° 46.

54 Id., párrafo N° 113.

55 Id., párrafo N° 114.

56 Id., párrafo 115.

57 Id., párrafos N°s 116 y 118.

El resultado en los dos escenarios salta a la vista, inclusive para la eventualidad de tener algunos resquicios de independencia e imparcialidad, los magistrados castrenses generaban “temor legítimo” de “influencia indebida” (en función a criterios objetivos) que configuraban una violación del principio a que se contrae el Art. 6° de la CEDH. El test, no obstante, adolece de serias deficiencias. Sustancialmente, se trata de un examen algo subjetivo de la independencia e imparcialidad de los magistrados uniformados que generaría incertidumbre jurídica. El estándar será, luego, refinado por resoluciones postreras. En *Ergin v.*⁵⁸ Turquía un colegiado castrense enjuició al titular de un medio de comunicación social por incitar a cometer desertión, hecho punible que, por norma expresa, estaba reservado a tales colegiados⁵⁹. Por tanto se le procesó y sentenció por la Corte de Personal General (castrense), integrada “por dos jueces militares y un oficial, subordinados al Ministro de Defensa (...), quien los designaba”⁶⁰. Al momento de producirse los sucesos, Turquía era el único país del Consejo de Europa cuyo instrumento de gobierno expresamente contemplaba que los colegiados castrenses procesaran escabinos para la época de paz.⁶¹

El CDDHH principia su argumentación cuestionando que la CEDH “excluya, absolutamente, la jurisdicción de los tribunales militares sobre civiles implicados. Sin

embargo, la existencia de tal jurisdicción debe ser sometida a un escrutinio particularmente cuidadoso”⁶². El TEDH insistió que en resoluciones previas ha argumentado que el proceso a escabinos por colegiados integrados inclusive magistrados castrenses en minoría, vulnera significativamente la fe en el Órgano Jurisdiccional en un estado de derecho constitucional⁶³. Por vez primera acepta que “existe una tendencia a excluir la competencia penal de tribunales militares sobre civiles”⁶⁴. Por todo ello, el CDDHH se ocupa del nivel relativo a esta clase de procesos, aseverando, lo siguiente:

(I) La justicia castrense sólo debe comprender a militares, salvo poderosas argumentaciones que fundamenten lo contrario y únicamente sobre una jurídica y contundente justificación. Los fundamentos deben ser demostrados individualmente. Resulta poco consistente que el ordenamiento jurídico de los estados miembros, permita el conocimiento en teoría, de algunos hechos punibles a las cortes castrenses.⁶⁵

Por tanto, el país, está obligado a acreditar fehacientemente los argumentos que permiten contrariar la regla y la sola normatividad de cada estado resulta insuficiente para avalar semejante hipertrofia competencial de los colegiados privativos.

En *Ergin*, el CDDHH estimó que el comportamiento del hombre de prensa, configuraba, por Í, un hecho punible

58 *Ergin v. Turquía* (2006).

59 *Id.*, párrafo N° 8.

60 *Id.*, párrafo N° 36.

61 *Id.*, párrafo N° 21.

62 *Id.* Párrafo N° 42, énfasis agregado.

63 *Id.* Párrafo N° 43.

64 *Id.* Párrafo N° 45.

65 *Id.*, párrafo N° 47.

castrense, no obstante que por no tratarse de un militar no estaba obligado a guardar “fidelidad al Ejército”⁶⁶. Pese a ello, la persona podía tener justificables temores de ser procesada por “jueces que pertenecían al Ejército, que se podían identificar con una de las partes en el proceso”⁶⁷. La apariencia de una corte no imparcial, por tanto, se sustentaba en razones poco subjetivas, apartando al hombre de prensa de un proceso independiente e imparcial, vulnerando así el Art. 6º de la CEDH.

La teoría encuentra su punto de inflexión en *Martin v. Reino Unido*⁶⁸, en el cual el TEDH, no obstante haber resuelto en lo concerniente a la falta de notas características de independencia e imparcialidad, insistió en el nivel correspondiente cuando colegiados castrenses, procesan a escabinos⁶⁹.

3.1.2 Imparcialidad de los tribunales militares

El segundo bloque de procesos de la jurisprudencia del CDDHH alude a la conceptualización de las notas características de independencia e imparcialidad en la jurisdicción castrense cuando los procesados son uniformados. La circunstancia que sólo se procese a militares no obsta para que se respete, escrupulosamente, las notas características del debido proceso legal, sin el cual nunca puede hacerse realmente justicia. Mejor dicho, el TEDH está obligado

a pronunciarse respecto del cumplimiento del Art. 6º cuando la justicia privativa procesa a militares. Los procesos contra el Reino Unido evidencian la relación entre las autoridades nacionales y la generación de estándares regionales de derechos fundamentales, para procurar una correcta inteligencia en la protección de los castrenses en la justicia militar.

El proceso que servirá de impronta para nuevos casos es *Findlay v. Reino Unido*.⁷⁰ Como se expuso precedentemente, hace referencia a un proceso en que el CDDHH se ocupó de concordar la organización de la Corte Marcial del Ejército británico con arreglo a la CEDH. La integración de dicha corte posee algunas notas características. Primero, un oficial egresado de las escuelas de formación, está facultado para convocar a la Corte Marcial, precisar las imputaciones y designar a quienes integrarán el colegiado.⁷¹ Asimismo, puede confirmar lo resuelto por el colegiado e inclusive está facultado para disolver el citado tribunal antes o durante el proceso.⁷² Segundo, quienes integran el tribunal están “subordinados jerárquicamente al oficial convocante”, sin tener estatuto jurídico contrastado alguno.⁷³ El TEDH precisó que el papel de quien convoca así como la circunstancia que quienes integran el colegiado, afectan las notas características de independencia e imparcialidad a que se contrae el Art. 6º de la CEDH. En función

66 Id., párrafo N° 53.

67 Id., párrafo N° 54.

68 *Martin v. Reino Unido* (2006).

69 Id., párrafo N° 44.

70 *Findlay v. United Kingdom* (1997).

71 Id., párrafos N°s. 36 y 37.

72 Id., párrafos N°s. 40 y 41.

73 Id., párrafo N° 16.

de lo primero, argumentó la existencia de un “íntimo vínculo” entre quien convoca y los funcionarios convocados, determinando un “rol significativo” previo al proceso, al imponer la imputación, convocar al tribunal y designar a los integrantes.⁷⁴ Respecto de lo segundo, el CDDHH llegó a la conclusión que quienes integraban el colegiado “se encontraban directa o en última instancia bajo [el] mando [del oficial convocante]” y que éste podía disolver el tribunal.⁷⁵ La circunstancia que quien convoca sea también el “confirmante” de la sentencia afectaba sensiblemente la independencia del tribunal. A decir del CDDHH, ello colisionaba con: “el poder de brindar una decisión obligatoria que no debe ser alterada por autoridades no judiciales es inherente a la misma noción de ‘tribunal’ y también puede ser considerado como un componente de ‘independencia’ exigido por el artículo 6 [de la CEDH]”.⁷⁶

Esta sentencia generó que Gran Bretaña repensara creativamente el modelo de tribunales militares para las FFAA inglesas, en el esfuerzo por mejorar las garantías de independencia e imparcialidad exigidas por el CDDHH. La conclusión fue clara y contundente, en efecto el Acta para las Fuerzas Armadas de 1996 abolió el papel del convocante y fijó una nítida diferenciación entre la investigación y acusación penal, la administración de los tribunales militares

así como las prerrogativas de revisión de las Sentencias.⁷⁷ Tales características eran tenidas en cuenta como componentes de la tradición castrense inglesa.⁷⁸

Las transformaciones, empero no lograron evitar resoluciones contrarias a Gran Bretaña en el ámbito local. En *Morris v. Reino Unido*,⁷⁹ el TEDH tuvo la ocasión de repensar creativamente el modelo de tribunales militares posteriormente a los cambios en 1996. La parte actora, siendo de los efectivos de las Fuerzas Armadas inglesas, se evadió de facto y, por ende, posteriormente a la deserción, se le imputó la comisión de una inconducta funcional, con arreglo al Acta del Ejército de 1955.⁸⁰ La responsabilidad disciplinaria tenía que hacerse efectiva por un tribunal militar y el TEDH, teniendo en cuenta la pena disponible para las autoridades nacionales –privación de libertad por nueve meses–, la trató como “falta penal”, con el propósito de imponer los preceptos a que se contrae el Art. 6º.⁸¹ Concentrándose en el asunto relativo a la independencia e imparcialidad, el TEDH no aceptó la objeción al tribunal militar sustentada en que “la cadena de mando, es decir, autoría mediata” por sí, colisione con el Art. 6º de la CEDH.⁸² Se mostró favorable a los cambios aportados por la reforma de 1996.⁸³ Empero, el TEDH se pronunció por la escasa independencia e imparcialidad presentes en “la estructura general del

74 Id., párrafo N° 74.

75 Id., párrafo N° 75.

76 Id., párrafo N° 77, énfasis agregado.

77 Lyon (2002): 222-229.

78 Rowe (2006): 82.

79 *Morris v. Reino Unido* (2002).

80 Id., párrafo N° 9.

81 Id., párrafo N° 38.

82 Id., párrafo N° 63.

83 Id., párrafos N°s. 61 y 62.

sistema de Corte Marcial”.⁸⁴ Quien prestaba servicios para un tribunal militar los hacía de modo temporalmente indeterminado y ad hoc;⁸⁵ asimismo se trataba de personal militar en actividad de menor graduación y carente de estatuto jurídico, sujeto a “disciplina y reportes militares”, y legalmente sujeto a los amagos de “influencias externas del Ejército” al participar en los tribunales militares.⁸⁶ El TEDH insistió en la necesidad de un ente revisor de las resoluciones del tribunal militar e insistió en “que la revisión se efectuara por [...] una autoridad no judicial”⁸⁷ resultaba no compatible frente a las exigencias de independencia de las cortes marciales que obliga a alterar sus decisiones sólo en sede judicial.⁸⁸ Recordemos a Findlay, la escasa autoridad en los tribunales militares vulneraba sensiblemente su independencia e imparcialidad. Empero, la primera reforma al modelo británico, resultó largamente insuficiente, de acuerdo a lo siguiente:

En el 2003, la Gran Sala del TEDH expidió sendas ejecutorias relativas al modelo de jurisdicción castrense británico, en la misma fecha, empero mientras una resolución precisó que Gran Bretaña no vulneró la CEDH –Cooper v. Reino Unido–⁸⁹, la otra se pronunció porque algunas prácticas

en los tribunales militares no tienen indispensables garantías atendida la circunstancia de la preceptuado por el Art. 6º de la Convención –Grievés v. Reino Unido–.⁹⁰ En Cooper, la parte actora era un efectivo de la Fuerza Aérea británica y fue sentenciado por delito contra la propiedad por un tribunal militar. En Grievés, de otro lado, el actor integraba la Marina de Guerra y fue sentenciado a pena privativa de libertad por delito contra la salud, con arreglo a lo previsto en el Acta de Agresiones contra las Personas.⁹¹

En los dos procesos el TEDH evaluó las características distintivas de independencia e imparcialidad de los diferentes operadores judiciales. El tratamiento diferenciado entre la Fuerza Aérea y la Marina de Guerra, justifican el diferente producto final. Particularmente en cuanto concierne al estatuto jurídico del auditor militar (judge advocate): en Cooper, era un “civil con cualificaciones jurídicas”, designado por funcionarios civiles y que tenía un “rol pivotal” en el proceso, ya que él era “responsable de la justa y legal prosecución del proceso” y que las sentencias del tribunal militar se sustenten en el medio probatorio rendido aun cuando no delibera como parte del colegiado.⁹² Contrariamente, la

84 Id., párrafo N° 79.

85 Id., párrafo N° 70.

86 Id., párrafo N° 72.

87 Id., párrafo N° 75.

88 Id., párrafo N° 73.

89 Cooper v. Reino Unido (2003).

90 Grievés v. Reino Unido (2003).

91 Asunto importante a decidir en ambos procesos por el TEDH hacía referencia a si los tribunales militares eran considerados cortes penales para hacer efectiva la responsabilidad de un uniformado en la situación militar de actividad a efectos de la comisión de hechos punibles comunes. El CDDHH en Cooper, afirmó que (no existe, en principio, exclusión alguna para que los tribunales de servicio puedan conocer de hechos punibles incoados a militares) (id., párrafo N° 110). Por tanto, el estudio se construyó sólo al tratamiento de las notas características de independencia e imparcialidad de los tribunales militares.

92 Cooper v. Reino Unido (2003), párrafo N° 117.

resolución de Grieves estableció que el auditor castrense sea un “oficial con formación jurídica en servicio activo” que “integraba la corte marcial de vez en cuando” y que el Auditor General de la Armada lo nombra.⁹³ Por tanto, mal se podría afirmar, a decir del TEDH, que el Auditor de la Marina de Guerra, fuera considerado independiente e imparcial.

El segundo extremo de la comparación está constituido por el papel que juega el presidente del tribunal militar: tanto en la Fuerza Aérea como en la Armada se trata de un oficial de alta graduación. Empero, en Cooper, éste es nombrado a ese respecto, a tiempo completo y el oficial carece de expectativas en la carrera, es decir, carece de “esperanza efectiva de ser promovido”⁹⁴, mientras que en Grieves, es designado ad hoc y el tribunal no tiene un presidente con dedicación exclusiva, que carezca de miedo a ser cambiado de colocación, o evaluado [administrativamente] por su desempeño funcional.⁹⁵ La injerencia del mando puede ser mejor percibida en el segundo escenario, aproximándolo a un colegiado de naturaleza ad hoc.⁹⁶

Por último, el TEDH se ocupó de la imparcialidad e independencia de los integrantes del tribunal militar: en ambos procesos los magistrados adolecían de estatuto jurídico alguno. Empero, esta circunstancia se atenuaba en Cooper –con arreglo al TEDH– debido a las “instrucciones” y

“notas informativas” respecto de jurídicamente, cual debía ser su línea conductual en la causa, concorde con el “rol pivotal” del auditor militar.⁹⁷ En Grieves, las notas informativas no solamente eran “substantialmente menos claras y detalladas” que en Cooper, sino que antes bien, el TEDH asignó importancia a la no presencia del auditor militar que pudiese realizar el papel pivotal de su similar en la Fuerza Aérea.⁹⁸

Al hilo de la serie de reveses judiciales en sede internacional que sufrió el Reino Unido a ese respecto, las insuficiencias del modelo inglés de jurisdicción castrense, saltaban a la vista y tal circunstancia obligó a repensarlo creativamente. El Acta de las Fuerzas Armadas (dictada a diez años de las reformas causadas por Findlay) fue aprobada el 2006 y dejó sin efecto la consuetudinaria diferencia de tribunales militares al interior de las Fuerzas Armadas.⁹⁹ La institución del auditor militar es cambiada por un letrado civil que funge de judge advocate y el ámbito competencial espacial de los tribunales militares está constreñido a los hechos punibles producidos fuera de Inglaterra, o sea, cuando no pueden ser conocidos por el fuero común.¹⁰⁰ Ello guarda concordancia práctica con la referida línea tendencial europea.

4. REFLEXIONES FINALES

El modelo euro continental viene a establecer una línea tendencial en lo relativo

93 Grieves v. Reino Unido (2003), párrafo N° 85.

94 Cooper v. Reino Unido (2003), párrafo N° 118.

95 Grieves v. Reino Unido (2003), párrafo N° 80-1.

96 Id., párrafo N° 81.

97 Cooper v. Reino Unido (2003), párrafo N° 123-4.

98 Grieves v. Reino Unido (2003), párrafos N°s. 89 y 90.

99 Véase Ministerio de Defensa del Reino Unido (2006), 3.

100 Id., p. 2.

a los estándares de independencia e imparcialidad relativa a la jurisdicción castrense. Declara la vigencia de las notas características del debido proceso legal, independientemente si el imputado es o no castrense.

Respecto de la aplicación de las cortes marciales a quienes no son militares, el CDDHH liminarmente establece una prueba en la que el “miedo legítimo” de ausencia de independencia e imparcialidad (en relación a la “influencia indebida” por parte del gobierno) puede vulnerar el Art. 6° de la CEDH, particularmente en aquellos procesos en los que existe en un colegiado un magistrado castrense e independientemente que tal magistrado haya sido sustituido por un ordinario en algún momento del juicio. En postreras resoluciones, el CDDHH, ha ajustado su punto de inflexión dejando la responsabilidad de la argumentación en los países, quienes están obligados a acreditar las “razones rotundas” para sustanciar un proceso a un no militar en una corte marcial; la sola normatividad asignando competencia resulta insuficiente en orden a acreditar dichos motivos, habida cuenta que tal inusual circunstancia tiene que estar acreditada en términos objetivos. El TEDH omitió determinar su concepto de “razones rotundas”. En *Martin v. Reino Unido*, omitió ocuparse de la bondad de los argumentos proporcionados por el Reino Unido, debido a que el modelo de tribunal militar era insuficiente frente a los términos exigidos de independencia e imparcialidad.¹⁰¹

Desde una perspectiva poco objetiva como es el miedo del agraviado, el TEDH ha ido a la exigencia de motivos objetivos y rotundos, siendo atendible inferir que el enjuiciamiento castrense de civiles, no obstante ser formalmente viable, está constreñido a circunstancias inusuales que tienen que ser demostradas por el gobierno. En el grupo de procesos vinculados a las notas de independencia e imparcialidad en el procesamiento de uniformados, el TEDH ha hecho un estudio jurisprudencial e individualizado de cada tribunal militar. Lo evidente es que el Art. 6° de la CEDH resulta aplicable a dichas cortes¹⁰² y el TEDH estudia individualmente las notas de independencia e imparcialidad en función a la organización de la corte así como las obligaciones de los operadores. Ciertos componentes no son considerados violaciones del citado Art. 6°, tales como la dependencia del mando o la ausencia de estatuto jurídico de los integrantes del colegiado. Empero, la conjunción de ciertos indicadores, conjuntamente con situaciones adicionales, fue suficiente para encontrar responsable a Gran Bretaña por vulnerar la CEDH. En los citados procesos, hubo de detectarse vulneraciones al Art. 6°, excepto en *Cooper*, en el que el TEDH consideró que la presencia de algunas medidas procesales de protección compensaba insuficiencias de esas cortes. Es válido asumir que la sentencia recaída en *Cooper* se constriñe a sus particularidades y no puede servir de impronta para solucionar nuevos casos.

101 *Martin v. Reino Unido* (2006), párrafo N° 45.

102 Sin perjuicio de la existencia de excepciones al CEDH a ese respecto, como el país galo en su oportunidad, la excepción a que se contrae el instrumento de ratificación del CEDH (depositado el 3 de mayo de 1974), precisa que los Arts. 5° y 6° del CEDH no deberán utilizarse “para dificultar la aplicación de los preceptos que rigen el sistema disciplinario de las Fuerzas Armadas”.

¿CUÁL ES EL IMPACTO, EN LA ACTIVIDAD CASTRENSE Y EN LA JUSTICIA MILITAR, DEL FALLO DE LA CORTE IDH EN EL CASO CRUZ SÁNCHEZ VS. PERÚ (OPERACIÓN “CHAVÍN DE HUÁNTAR”)?

Luciano López Flores¹

1. PRESENTACIÓN

Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) publicó la sentencia del 17 de abril del año en curso en el denominado “Caso Cruz Sánchez y otros vs Perú” (en adelante “fallo Cruz Sánchez”) que ha generado una ardua polémica en nuestro país^{2 3}.

El fallo condenó al Estado Peruano por la violación del derecho a la vida del integrante del grupo terrorista “Movimiento Revolucionario Túpac Amaru”, Eduardo Nicolás Cruz Sánchez (alias “Tito”), así como por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de los familiares de Cruz Sánchez, Herma Luz Meléndez Cueva y

1 Abogado litigante. Socio de “Javier Valle-Riestra Abogados” (llopez@jvr.pe), especializado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, Teoría del Derecho y Política Judicial. Magíster en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); Candidato a Doctor en Derecho en la misma casa de estudios. Profesor de las Maestrías en Derecho Procesal y Política Jurisdiccional de la PUCP. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres (USMP).

2 Véase la nota periodística del siguiente blog de noticias: <<http://utero.pe/2015/06/30/el-polemico-fallo-de-la-cidh-sobre-la-operacion-chavin-de-huantar-explicado-en-7-pasos/>>.

3 Véase también el análisis jurídico del profesor Yván Montoya: <<http://larepublica.pe/impresa/politica/12929-la-cidh-y-el-caso-chavin-de-huantar-una-sentencia-politicamente-correcta>>.

Víctor Salomón Peceros Pedraza (también integrantes del aludido grupo terrorista). Y estableció la responsabilidad del Estado Peruano por la violación del plazo razonable de duración de los procesos donde se instruyó la presunta ejecución extrajudicial de los mencionados “emerretistas” (por admisión de responsabilidad del propio Estado) y por violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de Edgar Odón Cruz Acuña, hermano de Eduardo Cruz Sánchez.

No ordenó la Corte IDH pagar ninguna indemnización a los deudos de Cruz Sánchez. Tampoco estableció la responsabilidad penal de ningún Comando del exitoso operativo militar (no corresponde al rol de la Corte IDH). Pero sí ordenó diversas medidas reparadoras, entre ellas, *“conducir eficazmente la investigación y/o el proceso penal en curso para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos relacionados con la ejecución*

extrajudicial de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez”.

Concuerdo con algunas voces en nuestro medio (*supra nota 1*) que señalan que el caso de los Comandos Chavín de Huántar, lamentablemente, fue empleado con fines políticos durante todos estos años y que no es cierto que el fallo Cruz Sánchez hubiera podido establecer la responsabilidad penal de los “Comandos”⁴. Efectivamente, esa no es la tarea de la Corte IDH, como expresamente lo dice en los fundamentos 280° y 281° del fallo en mención⁵.

Como bien da cuenta el diario “El Comercio” en su edición del 17 de abril⁶, han pasado 18 años desde que se realizó la exitosa operación militar denominada “Chavín de Huántar” mediante la cual se rescató a 72 rehenes de la casa del embajador japonés Morihisa Aoki. En el enfrentamiento fallcieron los 14 “emerretistas” que tomaron la

4 Véase el artículo de la periodista Rosa María Palacios: <<http://rosamariapalacios.pe/2015/07/01/que-no-es-el-caso-chavin-de-huantar/>>

5 Dice la Corte IDH en el fallo Cruz Sánchez:

“280. La Corte recuerda que no es un tribunal penal en el que pueda determinarse la responsabilidad penal de los individuos y que “corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares”, por lo que la responsabilidad de los Estados bajo la Convención no debe ser confundida con la responsabilidad criminal de individuos particulares. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos reconocidos en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, ni es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste.

281. Por lo tanto, el presente caso no se refiere a la inocencia o culpabilidad de los integrantes del comando “Chavín de Huántar” o de las fuerzas de seguridad que participaron en la operación de rescate de rehenes, ni tampoco de los miembros del MRTA. El presente caso versa sobre la conformidad o no de los actos estatales con la Convención Americana en cuanto a si existió o no ejecución extrajudicial en el marco de la operación de rescate de rehenes en dos momentos temporales diversos y en distintos ámbitos físicos: por un lado, respecto de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez y, por el otro, respecto de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza. En efecto, la responsabilidad internacional del Estado se funda en actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es un principio de Derecho Internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia”.

6 Cfr. <<http://elcomercio.pe/politica/justicia/chavin-huantar-cidh-vera-si-estado-garantizo-juicio-justo-noticia-1804809>>.

residencia japonesa, 2 Comandos y 1 rehén: el Vocal Supremo Carlos Giusti Acuña.

Tres años después de la intervención militar, el Primer Secretario de la Embajada Japonesa, Hidetaka Ogura, declaró que fueron capturados con vida algunos subversivos. Su dicho fue publicado por el diario “El Comercio”. Ello mereció que se inicien investigaciones en la justicia ordinaria y en la militar. La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, el 16 de agosto de 2002, dirimió competencia a favor de la justicia militar, permitiendo que los Comandos implicados en el operativo fueran investigados en dicho fuero en el cual, posteriormente, fueron absueltos de todo cargo de ejecución extrajudicial contra los subversivos.

No obstante, tanto en la justicia ordinaria como en la militar se insistió en la tesis (sostenida por los familiares de las víctimas representadas por ONGs vinculadas al patrocinio de causas de Derechos Humanos) de la ejecución extrajudicial de tres “emrrestistas”: Eduardo Nicolás Cruz Sánchez (alias “Tito”), Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza. Es así que

el caso llegó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Luego de instruir el procedimiento de investigación correspondiente, la Comisión planteó la demanda ante la Corte IDH culminando el caso con la emisión del fallo que aquí comento.

En ese sentido, el propósito de este ensayo consiste en identificar los aspectos medulares del fallo Cruz Sánchez que, en mi concepto, repercuten, directamente, en la actuación de las fuerzas militares, por un lado; y, en la justicia militar, por otro. Para tal efecto, he detectado cuatro puntos que desarrollaré seguidamente dado que, más allá que pueda calificarse de adecuada o inadecuada la sentencia en comento, considero importante medir el impacto de los criterios adoptados en el fallo citado, toda vez que la actuación de las fuerzas armadas en nuestro país y del propio sistema de justicia militar, pueden ser objeto de control de convencionalidad⁷ en vista que la jurisprudencia de la Corte IDH resulta ser vinculante en nuestro sistema jurídico, como así lo ha reconocido el TC en el fundamento 24° de la STC N° 0002-2008-PI/TC⁸.

7 El procesalista argentino Juan Carlos Hitters dice respecto al ‘control de convencionalidad’ que aquel es un “mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una ‘comparación’ entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del ius cogens o de la jurisprudencia de la Corte IDH; y luego esa tarea debe ser ejercida por el Tribunal regional si es que el caso llega a sus estrados. Lo cierto es que los organismos judiciales internos antes que nada -y esto es obvio- deben cumplir una inspección de constitucionalidad, para evitar que en sus fallos se infrinja la carta suprema del país y en paralelo, ver si tales decisorios se acomodan con las convenciones internacionales ratificadas por la Argentina (arts. 1.1 y 2 CAHD)”. Cfr. HITTERS, Juan Carlos: “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”; En: “Estudios Constitucionales”; Año 7, N° 2; Santiago: 2009, pp. 123-124; <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>>.

8 Allí dijo el TC: “24. Tomando en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a la que el Estado peruano se encuentra vinculado por medio de los artículos 3°, 55° y la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como por el artículo V del título Preliminar del Código Procesal Constitucional (...)”. Cfr. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00002-2008-AI.html>>.

2. ¿CUÁLES SON LOS ASPECTOS CLAVES DEL FALLO DE LA CORTE IDH EN LO QUE CONCIERNE AL ROL DE LAS FFAA Y LA JUSTICIA MILITAR?

2.1. La Corte IDH ha establecido la legitimidad de la operación “Chavín de Huántar” y que los Comandos no cometieron ejecuciones extrajudiciales

Este es un aspecto de gran importancia. La Corte IDH reconoce la legitimidad de la operación “Chavín de Huántar” en los fundamentos 284° y 286° del fallo analizado. Reproduzco textualmente sus argumentos:

“284. La Corte considera significativo subrayar a efectos del análisis del caso que, aún bajo circunstancias apremiantes, el Estado: (i) diseñó una operación de rescate, (ii) escogió a personal calificado para llevarla a cabo, (iii) procedió a construir una réplica del lugar donde se desarrollaba la toma de rehenes, (iv) los agentes seleccionados realizaron un entrenamiento intensivo con miras a la eficaz ejecución de la operación, y (v) el “Plan de Operaciones Nipón 96” se planificó con base en la información disponible sobre las circunstancias en que se desarrollaba “la vida diaria” dentro de la residencia del Embajador (*supra* párrafos 151 a 159). En definitiva, la Corte recalca que el objetivo primario de la operación era proteger la vida de los rehenes.

(...)

286. La Corte nota que, al menos a nivel operacional, existió una planificación que contemplaba la captura de los emerretistas. En forma concordante, la gran mayoría de los comandos declararon que en el planeamiento del operativo sí se consideró la captura de

los emerretistas, debiendo proceder a revisarlos, desarmarlos, neutralizarlos, evacuarlos y dar inmediato aviso al superior jerárquico, para luego esperar instrucciones. La prioridad era, no obstante, rescatar a los rehenes, luego evacuar a los comandos heridos y, en tercer lugar, a los miembros del MRTA. Asimismo, los comandos declarantes señalaron en forma consistente que no recibieron ninguna orden, directiva o comentario de parte de sus superiores de eliminar a todos los integrantes del MRTA. Por el contrario, indicaron que la única misión era rescatar a los rehenes con vida”.

Como se aprecia, la Corte IDH no ha puesto en tela de juicio la legitimidad de la operación militar. Para la Corte, el Estado Peruano cumplió con que el diseño y la ejecución de la operación se ajusten a los principios de necesidad, proporcionalidad y precaución en el uso de la fuerza. Así lo dice en el fundamento 287° del fallo Cruz Sánchez cuando enfatiza cuál es el objeto de la controversia que le toca resolver en dicho caso. Transcribo:

“287. La Corte estima, por tanto, que la controversia no gira en torno a la necesidad, proporcionalidad y precaución en el uso de la fuerza. En el presente caso ante la Corte, la controversia fáctica relevante, que indubitablemente tendrá efectos sobre el análisis jurídico en cuanto a una eventual violación al artículo 4 de la Convención Americana, se centra en determinar si Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza fallecieron como consecuencia de actos de agentes estatales una vez que se encontraban fuera de combate y, en consecuencia, podían calificarse como *hors de combat* en términos de

derecho internacional humanitario o si, por el contrario, murieron cuando tomaban parte activa en las hostilidades. Es por ello que en este caso resulta crucial para la Corte la determinación de si Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza habían dejado de tomar parte en las hostilidades al momento de darles muerte y eran, por ende, acreedores de la protección que asegura el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (*supra* párrafos 276 a 278). A tal fin, es preciso examinar los hechos relevantes respecto de cada presunta víctima y determinar, en cada circunstancia particular, si la persona se encontraba involucrada activamente en las hostilidades o no al momento de los hechos”.

Pero no sólo ello. Otro aspecto trascendental (por el ruido mediático y desinformador de diversos sectores de la prensa nacional y de personajes políticos) consiste en la pretendida responsabilidad penal de los Comandos “Chavín de Huántar”. La Corte ha destacado en el fundamento 305° lo siguiente:

“305. Ninguna versión sustenta la hipótesis de que Eduardo Cruz Sánchez fuera abatido en el desarrollo de las hostilidades. En efecto, ningún comando reconoció haber matado o disparado contra Cruz Sánchez en combate, ni tampoco haber estado presente al momento de su muerte, ni dentro ni fuera de la residencia. Ningún comando declaró haber visto su cadáver durante el operativo, siendo que observaron algunos cadáveres en

la residencia al día siguiente, esto es, durante la visita de reconocimiento. Además, el cuerpo de Cruz Sánchez fue encontrado fuera de la residencia sobre una plataforma de concreto ubicada en la parte posterior (*supra* párr. 292)”.

Pese a que la Corte IDH ha sido enfática en que no establece la responsabilidad penal de individuos, el reconocimiento de la legitimidad de la operación militar y la no participación de los Comandos en la presunta ejecución extrajudicial de Cruz Sánchez, sella la inocencia de dicho personal militar. Por el contrario, como trataré más adelante (*infra* 2.3.), la orden de continuar investigando quiénes tienen responsabilidad en la ejecución extrajudicial de Cruz Sánchez no alcanza a los Comandos. A lo mucho, algunos serían citados en calidad de testigos. Pero, al parecer, todo hace indicar que la responsabilidad atañe al grupo que Vladimiro Montesinos incorporó a la operación, como también da cuenta la sentencia de la Corte (véase los fundamentos 151° a 159°).

2.2. La aceptación del uso de la fuerza letal en situaciones de “conflicto armado interno” conforme al DIH y al DIDDHH

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha trabajado diversos criterios jurisprudenciales en cuanto al uso de la fuerza letal. Así, en la STC N° 0002-2008-PI/TC⁹ declaró inconstitucionales diversos apartados de la Ley N° 29166, “Ley que establece reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas en el Territorio Nacional”.

9 Cfr. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00002-2008-AI.html>>.

Sin embargo, en el fundamento 266° del fallo Cruz Sánchez la Corte IDH ha dicho que *“Aún en casos anteriores la Corte ha establecido estos criterios para el análisis del uso de la fuerza [y] también ha afirmado que la evaluación sobre el uso de la fuerza debe hacerse sobre todas las circunstancias y el contexto de los hechos. En el caso bajo examen, la Corte nota que existen tres particularidades que es necesario tener en debida cuenta para definir los criterios aplicables para realizar el análisis de las obligaciones del Estado respecto al uso de la fuerza letal en la operación Chavín de Huántar a la luz del artículo 4 de la Convención Americana: primero, la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional; en segundo término, el contexto en el cual se dio el uso de la fuerza contra los miembros del MRTA, esto es, en el marco de una operación de rescate de rehenes, y tercero que, a diferencia de otros casos, las presuntas víctimas en este caso no eran civiles sino integrantes del MRTA, quienes participaron en forma activa en las hostilidades”*.

Dicho en otras palabras, en casos de situaciones donde un Estado sostenga un conflicto armado interno no internacional como el que aconteció con la toma de la residencia del embajador japonés, requiere cumplir determinadas pautas del Derecho Internacional Humanitario (“DIDH”)¹⁰ con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (“DIDHH”). En efecto, de lo dicho por la Corte en los fundamentos 272° a 278° se tiene:

a) Que la Corte reconoce que el contexto fáctico en que se desarrollaron los he-

chos del caso correspondió a un “conflicto armado interno no tradicional”. Sin embargo, tal reconocimiento, “en vez de exonerar al Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas, lo obligaba a actuar en manera concordante con dichas obligaciones”.

- b) La Corte señala que el DIDH no desplaza la aplicación del artículo 4° de la Convención Americana, “sino que nutre la interpretación de la cláusula convencional que prohíbe la privación arbitraria de la vida en razón de que los hechos sucedieron en el marco de un conflicto armado y con ocasión del mismo”.
- c) El principio de distinción se refiere a una norma consuetudinaria aplicable a los conflictos armados internacionales y no internacionales, en la cual se establece que “[l]as partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes”, de modo tal que “[l]os ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes” y “[l]os civiles no deben ser atacados”.
- d) En cuanto al ámbito personal de aplicación de las salvaguardas es necesario notar que el artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra abarca a “[l]as personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”.

10 El Derecho Internacional Humanitario está referido a los cuatro Convenios de Ginebra sobre las denominadas “Reglas de la Guerra”.

- e) Las presuntas víctimas del caso Cruz Sánchez no eran civiles, sino que eran integrantes del MRTA, quienes participaron en forma activa en las hostilidades. No obstante, podían potencialmente ser beneficiarios de las salvaguardas contenidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, siempre y cuando hubieran dejado de participar en las hostilidades y pudieran identificarse como *hors de combat*.¹¹
- f) Según lo establece el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, el Estado debía brindar a las personas que no participaren directamente en las hostilidades o que hubieren quedado fuera de combate por cualquier razón, un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable. En particular, el derecho internacional humanitario prohíbe en cualquier tiempo y lugar los atentados a la vida y a la integridad personal de las personas mencionadas anteriormente. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha señalado que la regla referente a que cualquier persona fuera de combate no puede ser objeto de ataque constituye una norma consuetudinaria tanto en los conflictos armados internacionales como no internacionales. La práctica del Perú demuestra la aplicación de esta regla a nivel nacional

Estas pautas de relación entre el DIH y el DIDDHH no sólo sirven de referencia

para el uso de la fuerza letal por parte de las fuerzas armadas, concretamente en los casos de conflictos armados no internacionales, sino que muestran cómo la Corte IDH estableció una plataforma sobre la cual colocó los hechos del caso a efectos de determinar si se produjeron o no las ejecuciones extrajudiciales de los “emerretistas” Eduardo Nicolás Cruz Sánchez (alias “Tito”), Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza.

A continuación abordaré las razones invocadas por la Corte para determinar la responsabilidad del Estado Peruano en la muerte de uno de los tres emerretistas sobre el cual la Corte afirma que se le asesinó extrajudicialmente.

2.3. ¿Por qué se determinó la responsabilidad del Estado Peruano en la muerte de Eduardo Cruz Sánchez (a) “Tito”?

En el fallo Cruz Sánchez la Corte declaró que “*no existen elementos suficientes para determinar la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la vida (...) en perjuicio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza (...)*”. Por el contrario, señaló que el Estado Peruano sí es responsable por la violación del derecho a la vida en perjuicio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.

Pero, ¿en base a qué elementos determinó la Corte IDH la responsabilidad del Estado Peruano en la muerte de Cruz

11 En el fundamento 277° del fallo Cruz Sánchez la Corte IDH señala: “La Corte nota que, según el derecho internacional humanitario consuetudinario, esta situación puede producirse en tres circunstancias: “(a) que está en poder de una parte adversa; (b) que no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o (c) que exprese claramente su intención de rendirse; siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse”. La Corte considera que estos criterios para determinar si una persona se encontraba *hors de combat* y era, por lo tanto, acreedora de la protección dispuesta en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, resultaban aplicables al momento de los hechos”.

Sánchez? La versión del ex rehén Hidetaka Ogura de haber visto al ex emerretista aún con vida al momento de su captura fue corroborada, en opinión de la Corte, por las declaraciones de dos efectivos policiales. En el fundamento 203° dijo:

“303. En suma, la declaración del señor Ogura coincide con las declaraciones testimoniales de dos funcionarios de la Policía Nacional del Perú quienes custodiaban la casa Nro. 1 y relataron las circunstancias de modo y lugar en que procedieron a la captura de Cruz Sánchez. Los suboficiales de la Policía Nacional del Perú, Raúl Robles Reynoso y Marcial Teodorico Torres Arteaga, fueron contestes¹² al afirmar que: (a) vieron a un rehén sindicando a un supuesto emerretista; (b) fueron ellos quienes redujeron a Eduardo Nicolás Cruz Sánchez una vez que descubrieron que se había hecho pasar por rehén; (c) lo registraron y no tenía armas; (d) llamaron y procedieron a informar a su superior, el Teniente Coronel EP Jesús Salvador Zamudio Aliaga, quien les ordenó que esperasen, ya que enviaría a una persona a recogerlo; y (e) un militar quien no ha sido identificado se llevó al emerretista de vuelta por el túnel que comunicaba el jardín de la casa Nro. 1 con la residencia del Embajador. La Corte advierte que esta secuencia sigue el modo de actuación previsto en el plan operacional, en cuanto a dar parte al superior y esperar sus instrucciones (*supra* párr. 286)”.

Es más, la Corte también tomó en cuenta la prueba pericial practicada en el

cuerpo de Cruz Sánchez que a diferencia del resto de subversivos, éste sólo presentaba dos lesiones (fundamento 307°), una en la cabeza y otra en la pelvis. Asimismo, también reparó en el contenido del Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, así como los fallos de la justicia ordinaria (Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima y la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema) que también se basaron en las declaraciones de los dos efectivos policiales que señalaron haber capturado con vida a Cruz Sánchez. Sin embargo, como lo ha hecho notar la Corte en el fundamento 303° que antes cité, los dos efectivos policiales sindicaron como un personaje clave para esclarecer la muerte Cruz Sánchez al Teniente Coronel EP Jesús Salvador Zamudio Aliaga quien hasta la fecha se encuentra no habido y que habría respondido a las órdenes de Vladimiro Montesinos.

2.4. ¿Qué exigencias establece el fallo Cruz Sánchez vs Perú en la actividad judicial militar de cara al control de convencionalidad?

El fallo Cruz Sánchez contempla, en mi concepto, un conjunto de exigencias en materia de “aseguramiento del material probatorio” en casos en los que se use la fuerza letal por parte de miembros de la fuerza armada. Eso por un lado. Y, por otro, la Corte IDH reitera y precisa su doctrina jurisprudencial sobre el ámbito competencial de la justicia militar al efectuar el control de convencionalidad de la resolución de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema que dirimió el conflicto de

12 Nota del editor: Conteste, dicese del testigo que declara lo mismo que ha declarado otro, sin discrepar en nada.

competencia a favor de dicho fuero sobre el procesamiento a los Comandos “Chavín de Huántar”.

En cuanto al primer aspecto, en los fundamentos 367° y siguientes, el fallo Cruz Sánchez deja establecidas las siguientes pautas (a la luz de los errores cometidos por las autoridades del Estado Peruano) en materia del “aseguramiento del material probatorio”:

- a) En el manejo de la escena de los hechos y el tratamiento de los cadáveres, deben realizarse las diligencias mínimas e indispensables para la conservación de los elementos de prueba y evidencias que puedan contribuir al éxito de la investigación. Incluso en una situación de conflicto armado, el derecho internacional humanitario prevé obligaciones mínimas de debida diligencia relativas al correcto y adecuado levantamiento de cadáveres y los esfuerzos que deben adelantarse para su identificación o inhumación con el fin de facilitar su identificación posterior.
- b) Las obligaciones anteriores deben realizarse inmediatamente, siempre que las circunstancias lo permitan. En el caso Cruz Sánchez, las autoridades consideraron que el levantamiento de cadáveres no debía realizarse inmediatamente por cuestiones de seguridad (supra párrs. 168 y 169). Aun asumiendo que las circunstancias no permitían realizar dichas diligencias bajo condiciones de seguridad, era exigible, sin embargo, para el Estado realizar dicha diligencia a la mayor brevedad apenas finalizado el operativo de rescate y de manera acuciosa y diligente.
- c) En el caso Cruz Sánchez se ha demostrado que no se adoptaron medidas para preservar y resguardar adecua-

damente la escena de los hechos y que el levantamiento de los cadáveres, el cual fue controlado por las autoridades militares y del Servicio de Inteligencia Nacional, no se realizó en forma fiable, técnica o profesional: se movieron las armas o granadas encontradas sin que se dejara al personal técnico registrar y fotografiar las evidencias encontradas; no se tomaron huellas dactilares en las armas o granadas supuestamente involucradas en los hechos; no se permitió el levantamiento de huellas y evidencias en el lugar de los hechos ni la toma de las muestras necesarias para la realización de análisis forenses, y el acta de levantamiento de los cadáveres no registró toda la información necesaria.

- d) Las necropsias de 1997 fueron realizadas sin contar con el ambiente y recursos adecuados para llevar a cabo dicha diligencia. No se llevó a cabo la descripción externa de los cuerpos y sólo se abrieron las cavidades torácicas y abdominales, pero no las craneales, incumpléndose la normativa interna (supra párr. 175). Tampoco se solicitaron estudios de patología por órdenes superiores. Hubo orden superior de que no se tomaran fotografías ni filmaciones de los cadáveres. Por último, mediante una decisión altamente cuestionable se inhumaron los cadáveres en diferentes cementerios de la ciudad de Lima, sin proceder a la identificación de once de ellos (supra párr. 172).

Y en cuanto al rol competencial de la justicia militar, como señalé anteriormente, la Corte ha insistido en reducir el campo de acción de este fuero siguiendo sus anteriores criterios jurisprudenciales. Para tal efecto, aplicó control de convencionalidad a la decisión de la Corte Suprema de definir la competencia al fuero común.

Previamente, antes de entrar en materia, es pertinente decir que el reconocimiento de la “justicia” o “jurisdicción militar” en el Perú se explica a la luz de su tradición constitucional. San Martín Castro señala que la Constitución de 1834 es la primera que contiene una referencia expresa a la jurisdicción militar (artículo 110°) al calificar a los tribunales militares como «especiales», mientras que las Constituciones siguientes de 1839, 1856 y 1860, no hacen referencia concreta a la justicia castrense, pese a lo cual funcionó fluidamente hasta que en el siglo XX se reanuda la referencia expresa a la justicia militar en la Constitución de 1920, modificada por la Ley N° 5862, de 22 de septiembre de 1927, que en su artículo 156° señaló: «*La justicia militar no podrá por ningún motivo extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el servicio del Ejército o Fuerzas de Policía, a no ser en caso de guerra nacional*».¹³

En las Constituciones de 1933, 1979 y 1993 se mantuvo la tradición de reconocimiento de la justicia militar. Así, el artículo 229° de la Constitución de 1933 fue por demás laxa en comparación con la Carta de 1920 al señalar que «*La ley determinará la organización y las atribuciones de los tribunales militares y de los demás tribunales y juzgados especiales que se establezcan por la naturaleza de las cosas*». Por su parte, el artículo 282° de la Constitución de 1979 contiene un

texto muy similar al artículo 173° de la actual Constitución de 1993¹⁴: «*Los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el art. 235°. Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar*».

Como se aprecia tanto del texto de la Constitución de 1979 como de la vigente Constitución de 1993, el constituyente peruano ha delimitado la actuación de la justicia militar en torno al conocimiento de los **delitos de función**. De allí que el Código de Justicia Militar sea un cuerpo legal cuyo objetivo radica en tipificar las conductas que se insertan en tal categoría.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) ha contribuido notoriamente en precisar los alcances del *delito de función* a que se refiere el artículo 173° de la Constitución actualmente vigente. Y, en ese sentido, también ha puntualizado la observancia de determinadas y concretas garantías del debido proceso cuya existencia fuera cuestionada en los ordenamientos legales que conforman la justicia militar.

A la luz de los parámetros jurisprudenciales del TC, la justicia militar se enfrenta a

13 SAN MARTÍN CASTRO, César: “Algunos aspectos de la Justicia Militar (a propósito del caso peruano)”; En: “La reforma del Derecho Penal-Militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002”; <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2001_07.pdf>.

14 Constitución Política del Perú de 1993.

“**Artículo 173°.- Delitos de función.** En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141° sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar”.

nuevos retos en pro de su democratización e inserción dentro de los estándares constitucionales y de las obligaciones del Estado Peruano en materia de Derechos Humanos.

Pues bien, el caso peruano responde a un modelo de jurisdicción “paralela e independiente a la justicia ordinaria”, aunque en algún momento la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, acogiendo las propuestas de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), aprobó la reforma del artículo 138° de la Constitución (Proyecto de Ley N° 10676), en la que desaparecía la justicia militar¹⁵.

Sin embargo, cabe ajustar tal terminología al sentido de la noción “*Sistema Jurisdiccional Unitario*” que subyace tras los artículos 138° y 139.1° de la Constitución por el cual la justicia o jurisdicción militar no es una “justicia paralela o independiente a la ordinaria” sino que forma parte de un sistema de órganos o entidades a los cuales la Constitución les ha conferido el poder de impartir justicia. No obstante, ese poder jurisdiccional con el cual cuentan los tribunales integrantes de la “jurisdicción militar” se ejerce en los denominados “delitos de función” a que se refiere el artículo 173° de la Constitución.

Al respecto, en el fundamento 127° de la STC N° 0017-2003-AI/TC, el TC dijo lo siguiente:

“(…) la Constitución excluye e impide que dicho ámbito de competencia

se determine por la mera condición de militar o policía. La justicia castrense no constituye un «fuero personal» conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un «fuero privativo» centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

En ese orden de ideas, no todo ilícito penal cometido por un militar o policía debe o puede ser juzgado en el seno de la justicia militar, ya que si el ilícito es de naturaleza común, su juzgamiento corresponderá al Poder Judicial, con independencia de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo”.

En ese sentido, con mayor precisión, en los fundamentos 130° y 131° de la misma sentencia citada, el TC definió al delito de función del modo siguiente:

“130. El delito de función se define como «aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales.

131. Tal acto, sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico «privativo» de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de

15 El segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución cuya reforma se aprobó pero que no llegó a cristalizarse con el respectivo debate en el Pleno del Congreso, decía lo siguiente: “Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad, que cometan delitos estrictamente castrenses, serán juzgados por jueces que conforman una competencia especializada del Poder Judicial”. Véase: COMISIÓN ESPECIAL DE ESTUDIO DEL PLAN NACIONAL DE REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: “Avances en la implementación de las propuestas planteadas por la CERIAJUS. Informe Preliminar”; Lima: 2005; Ediciones del Congreso de la República; pp. 78-79.

interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad”.

Sobre la base de lo dicho por el TC en las STC N° 0017-2003-AI/TC y N° 0023-2003-AI/TC, respectivamente, en un documento de trabajo elaborado por la Defensoría del Pueblo¹⁶, éste órgano constitucional ha sintetizado los siguientes postulados de la jurisprudencia constitucional en torno los supuestos en los que estaremos frente a un delito de función militar:

- Cuando se vulnere un interés institucionalmente vital para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.
- Cuando se trate de un interés especialmente significativo, como consecuencia de las exigencias del principio de proporcionalidad y la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal.
- Cuando se ponga en riesgo o se afecte la existencia, operatividad o cumplimiento de los fines institucionales constitucionalmente establecidos para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.

Sobre la base de estas tres características, la Defensoría del Pueblo añade que el delito de función militar quedó integrado a partir del elemento material señalado por los siguientes componentes¹⁷:

- El sujeto activo debe ser necesariamente un militar o un policía en actividad
- El sujeto activo calificado debe infringir un deber especial u obligación propia de su función.
- Dicha infracción debe poner en riesgo o afectar bienes jurídicos propios, particulares y relevantes para la existencia, organización y cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.
- La conducta debe estar prevista en el Código de Justicia Militar. Esto sin embargo no significa que deba existir necesariamente un cuerpo normativo nominado de ese modo, sino simplemente la exigencia de predeterminación legal previa.
- La infracción debe tener una entidad tal que justifique una sanción penal, como exigencia del principio de proporcionalidad y la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal.

Finalmente, en la misma fuente que venimos citando, la Defensoría del Pueblo concluye que siguiendo la jurisprudencia constitucional **no califican en la categoría de delito de función**.¹⁸

- Los delitos que afectan bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad, la libertad personal, la salud, el patrimonio, entre otros.

16 DEFENSORÍA DEL PUEBLO: “Justicia Militar e independencia judicial en el Perú. Normativa, jurisprudencia y la labor de la Defensoría del Pueblo”; Lima: 2009; primera edición; Serie Documentos Defensoriales – Documento N° 6; p. 26.

17 Ibídem, p. 27.

18 Ibídem, p. 28.

Ello ciertamente con independencia de la calificación de los mismos como delitos de lesa humanidad o no.

- Tampoco aquellos delitos que protegen bienes jurídicos institucionales, pero que no son propios o exclusivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú, sino que las trascienden. Así, los delitos contra el patrimonio del Estado, la administración de justicia, la fe pública, entre otros.
- En el mismo sentido, no pueden ser calificados como delitos de función militar y por ende juzgados en calidad de autores, los injustos cometidos por civiles y militares en retiro. En este último caso, la excepción está dada por aquellas conductas cometidas cuando se encontraban en actividad y siempre que cumplan con los criterios antes expuestos.

Ahora bien, en el fallo Cruz Sánchez se presentan particularidades que solven tan estos postulados de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, en el fundamento 400° la Corte IDH dijo lo siguiente:

“400. La Corte tiene presente que, a diferencia de los casos previos de los que ha tenido oportunidad de conocer en los que se debatía sobre la competencia de la jurisdicción militar para la investigación, juzgamiento y sanción de violaciones de derechos humanos cometidas por militares, en el presente caso las presuntas víctimas no son civiles, sino integrantes de un grupo armado, quienes participaron en las hostilidades en el marco de una operación de rescate de rehenes. La Corte no considera, sin embargo, que este elemento sea determinante para apartarse de su jurisprudencia ya que lo relevan-

te es que las alegaciones se presentan respecto de personas presuntamente *hors de combat* que serían acreedoras de las garantías estipuladas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. En efecto, los hechos relativos a las presuntas ejecuciones extrajudiciales que fueron denunciadas a fines del año 2000 y principio del año 2001 se habrían producido tal como se alega tras que los miembros del MRTA, presuntas víctimas de este caso, hubieran sido capturados o puestos *hors de combat*, lo que hubiera convertido a estas alegadas ejecuciones, de haberse comprobado, en serias violaciones de derechos humanos de cuya investigación, juzgamiento y sanción debiera haber conocido en exclusiva la jurisdicción ordinaria”.

Nótese que la Corte IDH insiste en mantener la competencia del fuero ordinario del Poder Judicial en detrimento de la justicia militar cuando se trate de casos como el analizado en que se produzca un enfrentamiento militar, en el que medien civiles, se requiera el uso de la fuerza letal y se discuta el uso proporcionado de dicha fuerza. En esos casos, la Corte recurre al caso *Durand y Ugarte vs Perú* para señalar, muy enfáticamente, lo siguiente en los fundamentos 402, 403 y 404 que por su importancia transcribo íntegramente:

“402. Pues bien, la Corte recuerda que desde la sentencia del caso *Durand y Ugarte Vs. Perú* ha sido el criterio jurisprudencial constante que la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de alegadas vulneraciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. La situación fáctica del caso *Durand y*

Ugarte se refiere a la debelación de un motín en un penal en 1986, en la cual militares “hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos”. Por lo tanto, dicha consideración también es aplicable en el presente caso en que los hechos ocurrieron en el año 1997. Además, la Corte reitera que, independientemente del año en que sucedieron los hechos violatorios, la garantía del juez natural debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana.

403. Las alegaciones de ejecución extrajudicial son actos que guardan relación con hechos y tipos penales que en ningún caso tienen conexión con la disciplina o la misión castrense. Por el contrario, los actos alegados contra Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza se relacionaban con bienes jurídicos tutelados por el derecho penal interno y la Convención Americana, como la vida e integridad personal de la víctima. Por lo tanto, la Corte reitera que los criterios para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos ante la jurisdicción ordinaria residen no en la gravedad de las violaciones sino en su naturaleza misma y en la del bien jurídico protegido. Es claro que la conducta denunciada es abiertamente contraria a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, está excluida de la competencia de la jurisdicción militar. Por consiguiente, la intervención del fuero militar para la investigación y juzgamiento de las alegadas ejecuciones extrajudiciales de Víctor Salomón Peceros Pedraza y Herma Luz Meléndez Cueva

contrarió los parámetros de excepcionalidad y restricción que lo caracterizan e implicó la aplicación de un fuero personal que operó sin tomar en cuenta la naturaleza de los actos involucrados.

404. Por ende, al dirimir la Corte Suprema de Justicia de la República la contienda de competencia a favor de la jurisdicción militar, se violó la garantía de juez natural, prevista en el artículo 8.1 de la Convención Americana, configurando la responsabilidad internacional del Estado en perjuicio de los familiares de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza. Dado que los tribunales militares no eran competentes, la Corte considera que no es necesario pronunciarse respecto a los argumentos de la Comisión y de los representantes en torno a la alegada falta de independencia e imparcialidad y otras garantías judiciales”.

2. REFLEXIONES FINALES: ¿ES VIABLE LO QUE LE HA ORDENADO AL PERÚ LA CORTE IDH?

A pesar que la Corte IDH hizo un control de convencionalidad sobre la decisión de la Corte Suprema de definir que sea el fuero militar el competente para investigar a los Comandos sobre las presuntas ejecuciones extrajudiciales, no existe un pronunciamiento del ente supranacional que anule lo actuado en dicho proceso judicial. Y como lo he dicho anteriormente, no se aprecia que la Corte deslice que los Comandos tengan algún viso de responsabilidad en la aparente ejecución extrajudicial de Cruz Sánchez. Por el contrario, el análisis efectuado por la Corte apunta las sospechas sobre el Teniente Coronel EP Jesús Salvador Zamudio Aliaga quien hasta

la fecha se encuentra no habido y que habría respondido a las órdenes de Vladimiro Montesinos.

Sin embargo, justamente una de las órdenes decretadas por la Corte al Perú consiste en que se continúe con el proceso penal destinado a descubrir a los responsables de la muerte de Cruz Sánchez. No obstante, me parece inviable una investigación que luego de 18 años pretenda arribar a conclusiones y detectar responsables, sobre todo si todas las sospechas de autoría apuntan a un personaje no habido que anteriormente ya mencioné.

Por lo demás, el fallo de la Corte CIDH devela la limpieza y profesionalismo de nuestras fuerzas armadas en la exitosa operación “Chavín de Huántar” y nos da una importante lección: que en el mundo de hoy, si pretendemos vivir en democracia, requerimos que quien falta a nuestros derechos, atente contra la vida democrática, sea abordado con la fuerza de las armas y con la fuerza de la razón; con la conciencia cívica, constitucional, de respeto a los derechos humanos y de la cabal observancia de las reglas de la guerra aceptadas internacionalmente. Estamos, pues, ante un gran reto.

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE FUNCIÓN MILITAR POLICIAL EN EL PERÚ

Juan Carlos Monroy Meza¹

RESUMEN

Existe una clara dificultad en precisar cuál es el bien jurídico protegido cuando hablamos de la jurisdicción militar policial, es decir, del delito de función, situación que genera complicaciones al momento de tipificar conductas prohibidas perseguibles ante el Fuero Militar Policial, problemática que trasciende de esta esfera, al momento de fundamentarse el inicio de una investigación preparatoria e incluso al imponerse una sentencia condenatoria; y es que, en nuestro País ha variado radicalmente el criterio competencial que se le dio en tiempos pasados a esta jurisdicción excepcional, habiéndose cambiado también los nombres jurídicos, tanto generales como específicos, de los tipos penales contemplados en la parte especial del respectivo código, sin que se aprecie una sistemática adecuada y coherente, que posibilite criterios uniformes para discernir el bien jurídico vulnerado, con lo que nos encontramos ante un ambiente de inseguridad jurídica, que nos obliga a elaborar un trabajo conceptual, partiendo de la norma fundamental y la interpretación del Tribunal Constitucional para rescatar consideraciones fundamentales a tener en cuenta.

¹ Abogado, Magister en Derecho Penal Militar y egresado del Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM.

FINES DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el ius puniendi monopólico del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión puede dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como **propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes** (principio de lesividad)². Ello implica que la norma fundamental deba contener disposiciones que denoten interés social y, por consecuencia, son pasibles de protección, que para el caso que nos ocupa, se constituyen **en bienes jurídicos**. Ahora bien, la relevancia del bien jurídico sujeto a protección no se rescata del hecho que se encuentre comprendido en la carta fundamental, como bien lo apunta Carbonell Mateu: “por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar expresa y explícitamente proclamado por la norma fundamental”³, sino que consideramos que **tal relevancia será rescatada por el legislador** al momento de plasmar en normas punitivas, la política criminal que lo inspira.

Según nuestra jurisprudencia “El Derecho Penal constituye un medio de control social que sanciona aquellos comportamientos que **lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos tutelados por la ley** en aras de lograr la paz social...”⁴; asimismo, tenemos precisiones como: “El Derecho Penal tiene encomendada **la protección de bienes jurídicos**, ya que en toda norma jurídico penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad; que son, por lo mismo, merecedores de protección penal a través del poder coactivo o punitivo del Estado, representado por la pena pública y de ese modo lograr la paz social en comunidad”⁵

Conforme lo precisó el doctor Robinson Octavio GONZALES CAMPOS, Vocal Supremo de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en su voto singular derivado de la R.N. N° 111-2004 San Martín, “El Derecho Penal tiene encomendada **la protección de bienes jurídicos**; ya que en toda norma jurídico – penal, subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad; que son, por lo tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo o punitivo del Estado representado por la pena pública, para lograr de ese modo la paz social en la comunidad”⁶

2 ROJAS VARGAS, Fidel – INFANTES VARGAS, Alberto. *Código Penal 16 años de Jurisprudencia Sistematizada*, Tomo I, Parte General. 2007. Editorial Moreno SA. Pág. 19.

3 Citado por ROJAS VARGAS, Fidel – INFANTES VARGAS, Alberto, *Código Penal 16 años de Jurisprudencia Sistematizada*, Tomo I, Parte General. 2007. Editorial Moreno S.A. Pág. 19.

4 Ejecutoria Suprema del 15JUN2000. RN.820-2000 TACNA. Jurisprudencia Penal. Urquizar Olachea, José, Castillo Alva, José; Salazar Sánchez, Nelson. Lima, Jurista Editores. 2005. Pág. 67.

5 Ejecutoria Suprema del 18MAY2004. RN.111-2004 San Martín. Jurisprudencia Penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República. Castillo Alva, José Luis. Lima GRIJLEY, 2006. Pág. 71.

6 Gaceta Jurídica. Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema. Primera Edición 2005. Editorial El Búho E.I.R.L. pag. 59.

CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DELITO MILITAR POLICIAL

Algunos desarrollos doctrinales suelen distinguir entre delito militar propiamente dicho y delito impropiaamente militar.

Según Chaveau y Faustin, los delitos propiamente militares son aquellos que afectan a la disciplina y al deber militar. Conforme a Steín, todo delito militar es una ofensa a uno de los **dos bienes**: la obediencia y la disciplina militar.

Renato Astrosa Herrera, en su obra *Derecho Penal Militar* (Chile, 1971, p.56) afirma que el delito militar contiene dos elementos: calidad militar del agente y calidad militar del acto. Los delitos exclusivamente militares son aquellos que ofenden intereses exclusivamente tutelados por la ley militar, como la desertión, abandono del puesto, cobardía a favor de los enemigos, etc.

Los **delitos objetivamente militares son los que lesionan bienes jurídicos tutelados simultáneamente en la ley militar y en la ley común**, como por ejemplo, el hurto de un objeto militar policial, el maltrato al superior con lesión corporal, etc.

La esencia del delito militar policial está constituida por dos elementos: la calidad militar o policial del agente y la calidad militar o policial del acto. Por su situación o deber militar policial se desdobra en dos especies: el deber de servicio y el deber de disciplina.

Por principio, la doctrina, como refiere Francisco Fernández Segado, ha diferenciado los delitos exclusivos o propiamente militares, que se configuran cuando el militar viola bienes jurídicos inherentes a la profesión de las armas, de aquellos otros delitos impropiaamente militares, en el que se involucra a civiles que pueden ser sujetos activos directos de un ataque a **un bien**

jurídico castrense, o por su propio carácter **pluriofensivo, daña simultáneamente bienes jurídicos comunes tutelados por el código penal común y bienes jurídicos de ámbito militar**; esta última sería la **tendencia legislativa adoptada por el Código Penal Militar Policial vigente**, que en cierta medida se extiende más allá de sus parámetros en función a la norma constitucional cuando utiliza el término **delito de función**. En la perspectiva doctrinal señalada, refiere Fernández Segado que: “mientras los primeros no guardan relación alguna con las conductas tipificadas en el Código Penal común, no sucede otro tanto con los segundos, muchos de los cuales describen un tipo común que, en atención a nuevas circunstancias, entiende, debe quedar formalmente caracterizada como delito militar policial”.

Conforme recuerda Ricardo Calderón: “Las dificultades que se presentan para labrar un concepto completo e inmutable de delito militar policial, por fuerza habían de ser captadas por los legisladores con tanto más motivo, cuando que la conciencia de su función los advertía de la trascendencia que una definición incompleta o deficiente adquiere en todos los demás casos de aplicación de los otros dictados por la ley, a los que llevaría el germen del error o de la insuficiencia o contradicción”. Por su parte, para la doctrina Italiana representada por Di Vico Manzini y Ciardi, el delito militar se caracteriza por la concurrencia de dos elementos: calidad de militar del culpable y calidad militar del hecho o sea, que este hecho **importe lesión a un interés militar**.

PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Principio de naturaleza penal, que se sustenta en establecer la necesidad de un **bien jurídico vulnerado o amenazado** para que una conducta sea considerada

como delito, es decir, que debe existir un bien jurídico que haya sufrido las consecuencia de una conducta determinada o, al menos, se haya visto amenazado.

Si bien el delito comporta, esencialmente, **la violación de un bien jurídico** (desvalor de resultado), no se exige que sólo vulnere a éstos; el delito también comporta **la transgresión de determinados valores ético – sociales que predominan en una comunidad dada**, en un momento histórico determinado (desvalor de acción), las llamadas normas de convivencia social. El injusto penal comporta, pues, un doble desvalor: **primero, el referente a la violación de los bienes jurídicos**; segundo, el consistente en la violación de las normas que aseguran la convivencia⁷.

Según este principio, el Juez no puede aplicar la pena **sino se demuestra que la conducta ha lesionado un bien jurídico o lo ha puesto en peligro**. En los delitos de lesión, el Juez deberá acreditar que la conducta del autor ha lesionado el bien jurídico protegido. Por su parte, en los delitos de peligro, deberá acreditarse la existencia de dicho peligro (peligro concreto). La excepción a este peligro lo constituye el “principio de insignificancia penal”, el cual sostiene que a pesar de existir lesión del bien jurídico, no se aplica la pena, por ser la lesión insignificante, por ejemplo: “la estafa dentro de un vehículo de transporte público”.

A decir de Muñoz Conde, citado por García del Río “en realidad, nadie discute que la **función protectora de bienes jurídicos** se lleve a cabo en derecho penal a través del fomento de acciones en sí válidas o no dañinas para el bien jurídico; así por ejemplo, carece de sentido prohibir “matar” si antes no se concede protección al bien jurídico vida⁸.

FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD⁹

- **Función Sistematizadora:** Los Códigos Penales, al consignar diversos hechos punibles, los van describiendo y **clasificando en atención a determinado bien jurídico**.
- **Función Orientadora:** **Ayuda en la interpretación de la ley**, cuando se logra precisar, cual es el bien jurídico protegido con la represión de determinado delito, la interpretación teleológica o finalista (que atiende a telos de la norma, a su fin) nos permite excluir del tipo penal, ya sea las conductas que no lesionan o no ponen en peligro el interés jurídico tutelado por la Ley, o ya sea aquellas, que a pesar de ser típicas, comportan la exclusión de la antijuricidad por ser sólo contrarias al comportamiento jurídico en apariencia (según la sistemática del delito que se adopte).

⁷ GARCÍA DEL RÍO, Flavio. Manual de Derecho Penal – Parte General y Especial (2002). Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L. Pág. 17.

⁸ GARCÍA DEL RÍO, Flavio. Manual de Derecho Penal – Parte General y Especial (2002). Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L. Pág.17- 18.

⁹ GARCÍA DEL RÍO, Flavio. Manual de Derecho Penal – Parte General y Especial (2002). Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L. Pág. 18.

- **Función Delimitadora:** Para el Legislador **demarca su órbita de intervención** y para el Juez, en la medida que debe tener, **el bien jurídico como fundamento para la medición de la pena**, dentro de los marcos y según los principios que señale la Ley, atendiendo al peligro o lesión sufrida.

BIEN JURÍDICO

El bien jurídico constituye el material para tipificar conductas y permite establecer, con exactitud, sus agravantes y atenuantes. De manera más precisa “El bien jurídico es el criterio central para determinar correctamente el merecimiento de la pena, que para salvaguardar, de algún modo, los derechos de las distintas partes intervinientes en un conflicto penal, deben ser complementadas, además, con otros criterios, como la dañosidad social, subsidiariedad, tolerancia, etc.”¹⁰

Para Bustos, “es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica...una concreción del principio democrático” un concepto que sustenta la intervención punitiva y constituye una importante garantía del ciudadano¹¹.

La determinación de los bienes jurídicos que deben ser protegidos por la sanción penal, depende de una pluralidad de factores políticos, sociales, económicos, etc. Es una tarea valorativa que le corresponde al legislador en cada momento histórico,

constituyendo como delitos aquellas acciones socialmente relevantes. La selección debe ser constante y dinámica, exigiendo un adecuado conocimiento de la realidad¹². Con razón, Giuseppe Berttiol dijo que “pocas disciplinas jurídicas como el derecho penal están tan influenciadas por el contenido de las concepciones dominantes, es decir, por el conjunto de elementos que determina la “Atmosfera Cultural” del momento histórico en que la norma se origina”¹³.

BIEN JURÍDICO REAL

A través de este principio **controlamos la función de crear delitos**, obligando al legislador a **definir el bien jurídico que se quiere proteger** a través de la ley penal. La protección del bien jurídico es la razón que legitima la intervención penal, de ahí su importancia. **La definición del bien jurídico, es ante todo, una decisión político criminal respecto a la necesidad de tutelar un determinado interés individual o colectivo de trascendencia social**, pues sin él no sería factible la convivencia social.

Si el legislador penal no observa este principio, éste deviene en arbitrario e ilegítimo. Muchas veces el legislador ha criminalizado comportamientos con el propósito de promover, reforzar o imponer ideologías, religiones o principios de determinados sectores sociales minoritarios. **El principio de bien jurídico real no admite que se pretenda tutelar con la ley**

10 HASSEMER, Wilfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal y la Criminología. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989. Pág. 113.

11 Bustos Ramírez, Juan Manuel, citado por Paredes Pérez, Jorge Martín. Para conocer el Código Penal. 1ra. Edición. 1994. Editorial GRIJLEY. Pág. 45.

12 Pacheco G., Máximo. Teoría del Derecho Cuarta Edición (1990). Editorial Jurídica de Chile. Pág. 224.

13 Waldo del Villar Brito. Cien años de legislación penal codificada de Chile. Pág. 364.

penal nociones abstractas o teñidas de connotaciones moralistas, como el pudor público al que alude el Capítulo XI del Título IV (Delitos Contra la Libertad) del Libro Segundo del Código Penal Peruano. Finalmente, resulta también disfuncional al principio que estamos revisando, la regulación de delitos de peligro abstracto o de mera desobediencia. A través de este principio es posible demandar al legislador, el porqué de la protección penal y evaluar, con ello, la “razón de estado” que justifica la intervención del Derecho Penal en el ámbito concreto de las relaciones sociales.

Sobre este aspecto, el Código Penal Militar Policial señala que como uno de los criterios a tener en cuenta en la aplicación personal de dicha norma, radica en que se trate de una conducta **que afecte bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, siendo el objeto material de la tutela penal militar policial**¹⁴.

TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Una de las resoluciones más resaltantes, mediante la cual el Tribunal Constitucional ensayó y desarrolló un concepto de delito de función, fue la pronunciada en el expediente Nro. 0017-2003-AI/TC., promovido por la Defensoría del Pueblo, concepto que ha reproducido en sentencias posteriores, de cuya sentencia se desprende que se plasmó dicho concepto, precisando las características del delito de función, en los respectivos fundamentos de la referida resolución, que para mejor ilustración y detalle pasamos a transcribir, específicamente en lo que se refiere al bien jurídico protegido:

“En primer lugar se trata de la afectación de bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses. Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar”

Por su parte la Corte Suprema de la República – Sala Penal Permanente en la Corte, al momento de resolver la contienda de competencia del caso ARIZA sobre espionaje y otros, precisó en su “D” que:

“El bien jurídico vulnerado ha de ser privativo de la institución castrense o policial. El delito de función militar policial ha de afectar aquellos fines constitucionales y legales encargados a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional en cuanto tales, con exclusión de los demás órganos e instituciones públicas; deben relacionarse con la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales del cuerpo castrense y policial (artículo 7º, apartado 1 del CJMP). Ello no hace sino significar que el sujeto pasivo del delito militar policial, en tanto que es un bien jurídico institucional –exclusivos, inherentes o propios de ese sector del ordenamiento–, es el Estado, en concreto la institución castrense o policial concernida.

14 Art. II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial.

El militar o el policía, en tanto portador de un rol propio, exclusivo, que lo vincula como persona con el estatuto que rige la estructura y los fines específicos de la organización militar o policial, es, por consiguiente, quien puede cometer, con exclusividad, esta infracción punible, por lo que se está, además, ante un delito de infracción de deber positivo especial: es un deber que se corresponde con los fines establecidos, para cuyo cumplimiento existe el Estado. Él es el garante del cumplimiento de aquellas **tareas vinculadas a la existencia, organización y cumplimiento de los fines constitucionales de la institución a la que pertenece**".

En el considerando "E" señala: "Es pertinente precisar que el **bien jurídico militar policial**, según se desprende de lo expuesto en el literal c), está estrechamente configurado, desde la persona del militar o policía, por la **existencia de una serie de deberes**, normativamente configurados, que debe cumplir estrictamente, con base en criterios de disciplina, jerarquía y subordinación. La infracción de este deber ha de ser de una entidad tal, de cierta gravedad, que justifique una sanción penal, lo que, por lo demás, constituye una exigencia del principio de proporcionalidad y la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal.

Esto último explica, en primer lugar, que el objeto del CJMP está centrado en garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, contribuyendo al "... mantenimiento del orden y la disciplina en sus cuadros" (artículo I, apartado uno, del Título Preliminar). En segundo lugar, que la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la **protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas**

militares (SCIDH, Durand y Ugarte, *Párrafo ciento diecisiete*); a esto último es lo que la STC número 00001-2009-PI/TC denominó "fuero funcionalmente limitado" (Párrafo noventa y cuatro, segundo párrafo)".

TRATAMIENTO NORMATIVO

Nuestra Constitución Política en su artículo 173° precisa: "En caso de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al Fuero respectivo y al Código de Justicia Militar". De dicho texto podemos advertir que se habla de delitos de función, que implica la transgresión de deberes militares o policiales, lo cual nos remite a los fines fundamentales encomendados a dichos institutos, previstos en los artículos 165° y 166° y se refieren, en síntesis, a la seguridad, defensa nacional y orden público.

En tal sentido tenemos, que a la luz de la Seguridad y Defensa Nacional, se promueve el desarrollo de la nación y el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, por lo que nos encamina hacia el bienestar común, de tal forma que la Constitución prevé, como tarea fundamental del Estado, la de garantizar la seguridad de la Nación a través de un Sistema de Defensa Nacional integral y permanente; que involucra el conjunto de acciones y previsiones que permiten la subsistencia y permanencia del Estado, incluyendo su integridad, unidad y facultad de actuar con autonomía en lo interno, y libre de subordinación en lo externo, posibilitando que el proceso de desarrollo se realice en las mejores condiciones; es integral, porque abarca diversos campos, como el económico, político, social, cultural, militar, etc.; y permanente, debido a que se trata de una actividad constante, que se realiza con su sentido preventivo y represivo.

Por otro lado, Orden Interno fundamentalmente comprende tres aspectos: a) La seguridad Ciudadana (protección de la vida, integridad física y moral, patrimonio, etc.); b) La Estabilidad de la Organización Política (resguardo de la tranquilidad, quietud y paz pública); y, c) El resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales (edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como agua, energía eléctrica, etc.).

Consecuentemente, la comisión de delitos de función militar policial gira en torno a las finalidades fundamentales encomendadas constitucionalmente a las referidas instituciones, en la medida que se convierten en aspectos relevantes y de interés general, por lo **que los bienes jurídicos protegidos están estrechamente enlazados a las funciones encomendadas.**

Siguiendo dicho criterio, el art. II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, desarrolla un concepto sobre delito de función y precisa los alcances del delito de función, según el siguiente texto: *“El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto de servicio o con ocasión de él, y que **atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional**”*; luego, en el art. VI, prescribe: *“La pena debe precisar la **Lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de la Fuerzas Armadas o Policía Nacional**, previstas en la Constitución Política y la ley”*.

Estos conceptos han sido incorporados a la legislación vigente y tienen su origen en los criterios esbozados por el Tribunal Constitucional, por lo que existe

coherencia entre la decisión del máximo órgano de interpretación constitucional y el poder ejecutivo, que por delegación de facultades promulgó la nueva legislación penal militar policial, de cuyo tenor rescatamos cuatro criterios rectores para determinar e individualizar bienes jurídicos militares policiales, pasibles de protección jurídico penal ante el Fuero Militar Policial, es decir, en principio, aquellas normas que regulan su creación (FF.AA y PNP), basado en los fines fundamentales por los cuales fueron creados y justifican su permanencia en la organización estatal; por otro lado, las disposiciones que norman sus sistemas peculiares de organización jerarquizada y profesional; asimismo, las formas y normas que implementan su logística, partiendo de su base presupuestaria y sus ramificaciones hasta los últimos niveles; y, lógicamente, las funciones que se encuentran regladas en las leyes respectivas, junto con toda la normativa subalterna que implementa dichas normas para su ejecución.

La parte especial del Código Penal Militar Policial ha separado los delitos en ocho títulos, de la siguiente forma:

Título I Delitos Contra la Defensa Nacional.

Título II Delitos Cometidos en Estado de Excepción y Contra el Derecho Internacional Humanitario.

Título III Delitos Contra el Servicio de Seguridad.

Título IV Delitos Contra la Integridad Institucional.

Título V Delitos Cometidos en el Ejercicio del Mando y Autoridad.

Título VI Delitos de Violación al Deber Militar Policial.

Título VII Delitos que Afectan los Bienes Destinados al Servicio Militar Policial.

Título VIII Delitos Contra la Fidelidad a la Función Militar Policial.

Conforme está ordenado este libro, no podemos establecer, con claridad, el criterio que se ha seguido para separar los delitos en los títulos señalados ni la secuencia lógica dispuesta por el legislador.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los bienes jurídicos protegidos en el ámbito penal, sea común o de naturaleza especial o excepcional, como en el caso de la jurisdicción militar policial, tienen la misma naturaleza; y es que debe surgir o nacer de un interés relevante para la sociedad y estar protegido normativamente; así, pues, podemos observar que la protección legal para los delitos comunes se encuentra en la norma constitucional y desarrollado luego a nivel legal, tan es así que se ha plasmado su protección a través de la creación de los tipos penales incorporados en la parte especial del Código Penal, manteniendo los criterios de lesión o puesta en peligro de dicho bien jurídico, conforme lo expresa el principio de bien jurídico real.

Para el caso concreto de los delitos de Función Militar Policial, el interés social normativamente protegido, se encuentra plasmado en la Constitución Política del Perú, habiendo el máximo Órgano de Control Constitucional establecido, a través de su facultad interpretativa, los alcances del delito de función y, por consecuencia, nos ha dado la referencia básica sobre los bienes jurídicos generales materia de tutela.

Cuando el Tribunal Constitucional precisó en sus diferentes sentencias, referidas a la Jurisdicción Militar Policial, los alcances y límites del delito de función, hizo una precisión en relación a los bienes jurídicos protegidos y, es que, tenían que estar vinculados con la existencia, organización,

operatividad o funciones de la Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional; entonces, de estos cuatro conceptos, debemos rescatar los bienes jurídicos generales materia de protección.

En este orden de ideas, tenemos, por un lado, que al referirse a la existencia de las instituciones sometidas a la jurisdicción militar policial, nos remite a la razón de ser de estas organizaciones, que se sustenta en la seguridad, sea interna o externa, pues la fuerza pública se crea para dar seguridad, por lo que toda conducta que afecte la función de seguridad que se brinda al país, en forma individual o colectiva, interna o externa, por parte de alguno de sus miembros, lo que hace es poner en peligro su existencia como organización tutelar, ya que, al no cumplir su finalidad fundamental, se posibilita el cuestionamiento social sobre la necesidad de la vigencia de tales instituciones; en tal sentido, podemos inferir que el bien jurídico protegido es la seguridad pública e imagen institucional.

El segundo aspecto materia de protección, se ha precisado, gira en relación a la organización de las instituciones militares y policial, que en esencia mantienen el mismo sistema organizacional a través del tiempo (Sistema Clásico) y que se sostiene en su jerarquización, es decir, son instituciones profesionales y jerarquizadas, cuentan para ello con disposiciones claras que delimitan las cuotas de poder o autoridad según el puesto, cargo o grado; entonces, el bien jurídico protegido general es la organización institucional.

En tercer lugar, se ha considerado a la operatividad y se hace necesario ver los alcances de dicho término. No nos olvidemos que las funciones encomendadas a las diferentes instituciones se ejecutan en el campo, mediante operaciones y/u operativos. Para ello deben mantener una logística

adecuada que es de responsabilidad tanto del área operativa como del área administrativa, constituyéndose, entonces, como bien jurídico materia de tutela, la operatividad de las referidas instituciones.

Por último, se ha considerado a las funciones encomendadas a estas instituciones. En realidad la carta fundamental ha desarrollado en dos normas específicas las finalidades fundamentales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y de allí contamos con normas de desarrollo constitucional que precisan cada una de las funciones atribuidas y de obligatorio cumplimiento, cuya trasgresión implica la comisión de un delito de función, por lo que queda establecido, como bien jurídico, las funciones militares y policiales.

Como podemos observar, se puede identificar, en base al discernimiento del Tribunal Constitucional, los bienes jurídicos generales protegidos constitucionalmente por el interés social en materia

militar policial y que han sido incorporados en la normativa específica, conceptualmente hablando, lo que nos da un marco de referencia para organizar, sistemáticamente, la parte especial del Código Penal Militar Policial, habida cuenta que de la revisión de dicha norma, se aprecia, que no fueron tomados en consideración los criterios señalados, dando como resultado una incoherencia sistémica y falta de precisión de los bienes jurídicos protegidos, tanto generales como específicos.

Se hace necesario dotar a la Jurisdicción Castrense de un orden punitivo especial adecuado y claro, dentro del ámbito del principio de lesividad, dando la posibilidad de adecuar debidamente, la tipificación de las conductas prohibidas que configuran delito de función, partiendo del bien jurídico protegido de relevancia penal y rescatando la trascendencia militar policial en las conductas que generan la comisión de delitos pluriofensivos.

BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan Manuel, citado por Paredes Pérez, Jorge Martín. *Para conocer el Código Penal*. 1ra. Edición. 1994. Editorial GRIJLEY.
- GARCÍA DEL RIO, Flavio. *Manual de Derecho Penal – Parte General y Especial* (2002). Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L.
- GACETA JURÍDICA. *Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*. Primera Edición 2005. Editorial El Búho E.I.R.L.
- HASSEMER, Wilfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal y la Criminología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- PACHECO G., Máximo. *Teoría del Derecho* Cuarta Edición (1990). Editorial Jurídica de Chile.
- ROJAS VARGAS, Fidel; INFANTES VARGAS, Alberto, *Código Penal 16 años de Jurisprudencia Sistematizada*, Tomo I, Parte General. 2007. Editorial Moreno SA.
- WALDO DEL VILLAR Brito. *Cien años de legislación penal codificada de Chile*.

JURISPRUDENCIA

1. Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp.Nro.0017-2003-AT/TC, de fecha 16 de Marzo del 2003.

2. Ejecutoria Suprema del 15JUN2000. RN.820-2000 TACNA. Jurisprudencia Penal. Urquiza Olachea, José, Castillo Alva, José; Salazar Sánchez, Nelson. Lima, Jurista Editores. 2005.
3. Ejecutoria Suprema del 18MAY2004. RN.111-2004 San Martín. Jurisprudencia Penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República. Castillo Alva, José Luis. Lima GRIJLEY, 2006.

REFERENCIAS NORMATIVAS

1. Constitución Política del Perú de 1993
2. Ley Nro.29182, Modificada por el D.Leg. 1096, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial; publicado el 11 de Enero del 2008. El Peruano, Normas Legales, Pág.363663.
3. D. Leg.1094, Código Penal Militar Policial.

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Dr. Erickson Aldo Costa Carhuavilca¹

I. NOCIONES DE PRUEBA JUDICIAL

La prueba, como institución jurídica ineludible en el proceso judicial, resulta importante, ya que está orientada a todos los hechos principales o accesorios descritos o regulados en la ley; según sea el objeto del proceso que se desea probar, refiriéndonos al civil o penal, esto es, referente al delito o a las afirmaciones contenidas en la demanda. Pero en general siempre tiene una misma finalidad en cualquiera de los campos del derecho, de allí que su objeto debe estar enmarcado al hecho jurídico.²

La prueba judicial es un juicio sobre la ocurrencia de hechos (generalmente hechos del pasado que no han sido presenciados por el juzgador, el cual determinará las responsabilidades de ley para cada individuo como sujeto procesal, que en el caso penal en concreto, determinará la absolución o condena del imputado.

¹ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en Derecho Procesal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Catedrático Ordinario de la Universidad Autónoma del Perú. Expositor en los Diplomados de Derecho Procesal y de los Cursos de Práctica Forense en el Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Colaborador de artículos jurídicos de la Editorial Gaceta Jurídica. Colaborador de artículos de la Revista de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Director General del Centro Latinoamericano de Investigaciones de Derecho Procesal. Miembro Honorario del Instituto Latinoamericano de Derecho. Expositor en los Congresos Mundiales de Derecho Procesal. E-mail: unmsm_erickson@hotmail.com.

² CHOCANO NUÑEZ, Percy. *Teoría de la Prueba*, p. 44.

La prueba se entiende como la manifestación de los procedimientos probatorios (ofrecimiento, admisión, actuación y valoración) necesarios y debidos para determinar un resultado incontrovertible.

La prueba legal (en sentido estrictamente jurisdiccional) supone la consagración jurídica de reglas de valoración que indican al juez cuándo (y en qué medida) debe darse por probado un hecho, así también, la interpretación tradicional del principio valorativo de la libre convicción como valoración libre o independiente de los medios probatorios. Es una especie de momento íntimo o místico capaz de suplantar al concepto mismo de prueba, que se debe manifestar en una debida motivación.

II. LOS FINES DE LA PRUEBA JUDICIAL: VERDAD OBJETIVA O PROCESAL

El proceso judicial, como composición de la litis, es el camino que recorren las partes y el juez, que siempre está orientado a la finalidad de resolver el conflicto o una incertidumbre con relevancia jurídica para lograr paz social en justicia. Por eso es que los sujetos procesales, desde que están legitimados en el proceso, igualmente tienen una finalidad, como es probar las afirmaciones o versiones contenidas en la demanda; y si fuere un proceso penal, descubrir la verdad real de la existencia del hecho y la responsabilidad del agente.

La prueba se originará a partir del aporte de los sujetos procesales (fiscal, actor civil o defensa técnica) sobre la finalidad que tienen en el proceso y que será objeto de valoración de parte del juzgador

para su validez y, consecuentemente, para que la sentencia emitida sea legal y constitucional. Es lógico que para lograr la comprobación del objeto del proceso se requiere que esta sea pertinente, relevante, objetiva y legal. Por lo que, se puede afirmar en concreto, que la finalidad de la prueba es la de proporcionar conocimiento verdadero de lo que se desea saber (hechos), porque la prueba es una fuente de verdad.³

Si uno de los fines del proceso es dar una solución práctica al conflicto, no será necesario que la prueba se oriente a averiguar la verdad de los hechos litigiosos, por esto, alcanzará con obtener un “resultado formal”, habiendo cumplido el debido procedimiento; no obstante, la verdad de los hechos que fueron objeto del proceso no estén acorde con la sentencia de mérito, es evidente que en la práctica estas posiciones descansan sobre un concepto de verdad en virtud del cual “verdadero es lo que resulta probado en el proceso”.

Sin embargo, también se sostiene que la prueba es una actividad esencialmente subjetiva, y por ello irracional o incontrolable, es por esto, que actualmente el concepto de verdad objetiva se traduce, en la expresión de verdad procesal (o simplemente prueba), no obstante las contradicciones conceptuales o hasta inevitables limitaciones en el sentido que el procedimiento probatorio no podrá averiguar completamente lo que efectivamente ha sucedido, por consiguiente, la verdad procesal que resulta jurídicamente relevante no es infalible, y desde luego puede ser distinta (de menor o mayor calidad) a la obtenida a través de otros análisis probatorios.⁴

3 ECHEANDÍA, Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*, p. 142.

4 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos en el Derecho*, p. 53.

En cualquier caso, la distinción entre verdad objetiva y verdad procesal, exige que se llegue a conocer los hechos efectivamente acaecidos –porque éste es el sentido de la verdad objetiva– y, por otro lado, no se puede ignorar la relatividad del conocimiento alcanzado de los hechos durante el proceso a través de determinados elementos, en consecuencia, ya no sería verdad objetiva sino subjetiva o relativa, siendo, por consiguiente, el término o la expresión más cercana a derecho es el que conocemos como “verdad procesal”.

III. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Entendemos al procedimiento probatorio como el trabajo intelectual, mediante el cual, a partir de los medios de prueba, se demuestran los enunciados asertivos sobre hechos relevantes para la decisión.

De esta manera, podemos distinguir diversos procedimientos probatorios, dependiendo de que la prueba de los enunciados se haya alcanzado por observación directa de los hechos a que hace referencia, o a través de un procedimiento inferencial a partir de otros enunciados que se consideran probados. Y en este segundo caso cabe distinguir, según la inferencia que sea, de tipo deductivo o inductivo: a) Prueba observacional: es el procedimiento probatorio basado en la observación del propio juzgador; b) Prueba deductiva: es el procedimiento probatorio basado en una inferencia deductiva a partir de otras aserciones verificadas; y, c) Prueba inductiva: es el procedimiento probatorio basado

en inferencias inductivas, a partir de otras aserciones verificadas.⁵

Aunque en la averiguación de los hechos, objeto del proceso, pueda recurrirse a veces a la prueba observacional (por ejemplo, la inspección judicial) o a la prueba deductiva (por ejemplo, las pruebas científicas o biológicas), sin embargo, el procedimiento probatorio más frecuente es el que hemos denominado prueba inductiva, pues por inducción, en sentido amplio, se entiende todo aquel tipo de razonamiento en que las premisas, aun siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su resultado, sino que se requiere de un análisis en su conjunto para arribar a una conclusión, que en el proceso penal determinará la responsabilidad o no del imputado.⁶

Afirmar que la racionalidad de la prueba judicial es la inductiva, es uno de los planteamientos más reflexivos de la actualidad, en consecuencia, la inducción es la lógica de la justificación, por lo que nos permitimos afirmar que la valoración de la prueba es el juicio de aceptabilidad de las informaciones aportadas al proceso, a través de los medios de prueba. Más exactamente, valorar consiste en evaluar si esas afirmaciones (en rigor, hipótesis) pueden aceptarse como verdaderas.⁷

Si se asume que el procedimiento probatorio (inductivo) proporciona resultados sólo probables, debe descartarse cualquier valoración legalmente predeterminada de los medios de prueba (la llamada “prueba legal”, en sentido estricto resulta

5 ASENSIO MELLADO, José María. *Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida*, p. 16.

6 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 139.

7 VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Estudios de Derecho Procesal Penal – Volumen I*, p. 290.

controvertible), pues es muy posible que, en el caso concreto, el grado de probabilidad alcanzado por una determinada prueba resulte aún insuficiente para fundar la decisión, por más que el legislador le haya atribuido un valor específico.

Incluso el principio de la libre convicción viene a cuestionar esta situación, señalando que no debe darse por probado lo que a juicio del juzgador todavía no goza de un grado de probabilidad aceptable. La libre convicción, no es por tanto, un criterio (positivo) de valoración alternativa al de las pruebas legales, sino un principio metodológico (negativo) que consiste, simplemente, en el rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la decisión, no obstante en algunas legislaciones como la nuestra, sí se pueden determinar consecuencias jurídicas con medios de prueba que a criterio del legislador son suficientes para una sentencia de mérito.

En buena cuenta, la valoración probatoria debe ser considerada como la función en la que el juez percibe los resultados de la actividad probatoria en un determinado proceso. En esta labor se realiza una operación mental que tiene como fin conocer el mérito o valor de convicción deducido del contenido de cada elemento probatorio.⁸

IV. LA MOTIVACIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA

Pese a que no puede negarse que la necesidad de motivar las sentencias se ha convertido ya en una exigencia incontestable, siendo un elemento necesario en el marco de un debido proceso judicial, la

motivación sólo puede ser concebida como racionalización a posteriori de una decisión, así ésta es entendida como justificación, a partir de la valoración de las pruebas disponibles, sobre razones que dan por verdaderas (o probables en grado suficiente) ciertas afirmaciones.

La valoración de la prueba no puede ser libre ya que de lo contrario sería arbitraria, subjetiva e incontrolable; con lo cual, se abandonaría el cognoscitivismos para entrar en el campo del puro decisionismo judicial, por cuyo motivo, fallar o sentenciar con arreglo a conciencia, no puede significar basar la sentencia en una íntima e intransferible convicción, en una especie de corazonada o mero subjetivismo; no puede significar, como desgraciadamente ocurre tantas veces en la práctica, refugiarse en una cómoda declaración de hechos probados, sin exponer las razones o argumentos que sustentan la decisión judicial.

Si la racionalidad de la decisión probatoria ha de ser controlada, es evidente que ese control se proyecta sobre las razones que fundamentan la libre convicción del juez. Por eso, la motivación es una garantía de verdad de las declaraciones de hechos de la sentencia, en la medida en que permite un control sobre ese espacio de discrecionalidad que es el ámbito de la libre valoración del juez.

La motivación asume, pues, una tarea depuradora sobre la actividad cognoscitiva que reclama del juez una reconsideración de sus iniciales convicciones a la luz de los argumentos racionales, que son los únicos que ineludiblemente ha de emplear para fundar su decisión.

8 FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*, p. 91.

De todos modos, no siempre se motiva (o justifica) con precisión y exhaustividad, por lo que es preciso diferenciar dos grandes técnicas o estilos de motivar: uno analítico y el otro globalizador; el primero entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión. La técnica globalizadora, en cambio, consiste, grosso modo, en una exposición conjunta de los hechos, en un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa.

Por último, la exigencia de motivación exhaustiva no puede confundirse (ni por tanto entenderse cumplida) con una motivación simplemente profusa. No se trata de auspiciar motivaciones extensas, prolijas, interminables. Es más, algunas motivaciones extensas, pero repletas de malabarismos argumentativos y vericuetos dialécticos, no sólo resultan poco comprensibles y (al menos en este sentido) poco racionales, sino que, además, pueden ser una pantalla que encubra alguna arbitrariedad.

De lo que se trata es, más bien, de adoptar un estilo de motivación que huya de los argumentos *ad pompam* o *ad abundantiam* y que se manifieste en elementos precisos para hacer racionalmente justificada y controlable la decisión sobre la responsabilidad penal del imputado o acusado.

El juez, al atender un proceso penal, tiene como propósito determinar cuál ha

sido la conducta desplegada por la persona a la que se le ha atribuido un hecho delictivo que pueda ser pasible de sanción penal. Es ahí donde las pruebas juegan un rol importante, toda vez que coadyuvarán a la decisión final.⁹

V. ANÁLISIS DE LA PRUEBA DE LAS RESOLUCIONES EN LA CORTE SUPREMA

Nos hemos permitido hacer una síntesis y análisis de determinadas resoluciones judiciales por el órgano jurisdiccional competente que en este caso hemos seleccionado a la Corte Suprema de Justicia, a través de sus Salas Penales Permanente y Transitoria, apreciando los aspectos probatorios que fueron necesarios y pertinentes en la adopción de una decisión judicial en mérito a la responsabilidad penal de los procesados en los denominados delitos de corrupción.

1. RESOLUCIÓN DE LA SALA PENAL TRANSITORIA – RECURSO DE NULIDAD N° 3040 – 2012

Conforme a la manifestación policial, que señaló la irregular eliminación de dos sanciones a un efectivo policial del registro de telemática de la Policía Nacional del Perú y la declaración del sentenciado que aceptó la dación de un monto dinerario ascendente en 200 soles para la eliminación de las sanciones administrativas en su contra, éstos constituyen elementos probatorios suficientes para la determinación de la responsabilidad penal por la comisión del delito de cohecho activo genérico.

9 CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal* – Volumen I. Editorial: Librería “El foro”. Buenos Aires, Argentina. 2002, p. 290.

2. RESOLUCIÓN DE LA SALA PENAL PERMANENTE – RECURSO DE NULIDAD N° 2845 – 2011

Conforme sólo al informe sobre las funciones que tenían a su cargo los servidores en el área de economía de la Policía Nacional del Perú, sin embargo no se han acreditado los elementos objetivos del delito de cohecho pasivo propio, ya que las declaraciones de los miembros del área de Tesorería de la institución en mención sobre los hechos referidos al delito acotado, no estarían orientados a la responsabilidad penal del delito en mención, sino hacia el delito de peculado. Así también, es importante apreciar que los cheques sobre los cuales se sustentó la tesis del beneficio económico a favor de los imputados, no se dirigieron a sus cuentas bancarias sino a la cuenta de una persona jurídica, en consecuencia los medios probatorios señalados no resultan pertinentes y suficientes sobre la comisión del delito de cohecho pasivo propio.

3. RESOLUCIÓN DE LA SALA PENAL PERMANENTE – RECURSO DE NULIDAD N° 3480 - 2010

Conforme a la declaración de un testigo que se limitó a referir que hubo un intento de soborno, no existiendo un informe emitido por la Municipalidad en la que se compruebe el supuesto intento de soborno, ni tampoco existiendo algún tipo de constatación en las etapas del proceso, sobre uno de los imputados no se puede acreditar la comisión del delito de cohecho pasivo. Sin embargo, en el caso de otro de los imputados –funcionario municipal–, si se da cuenta del informe técnico de la entidad estatal, donde se aprecia que el incumplimiento de las funciones encomendados tuvo que estar motivado en el hecho de soborno a éste, con lo que se puede demostrar que estamos frente a la comisión de los delitos de cohecho pasivo y activo,

sobre el imputado corruptor y el agente municipal.

4. RESOLUCIÓN DE LA SALA PENAL PERMANENTE – RECURSO DE NULIDAD N° 2766 – 2010

Conforme se presentó la variación de las testimoniales de los imputados en mérito al presunto hecho delictivo del pago a regidores de una municipalidad para la adjudicación de lotes de terreno a su favor, sin embargo, éstos afirmaron que el dinero entregado a los funcionarios municipales fue para apoyo político y no para la aprobación de la adjudicación de un terreno, por lo que siendo los únicos elementos de cargo, las declaraciones de los imputados, aún cuando hubieran variados los hechos sujetos a investigación, es razonable que se produzca la absolución del delito de cohecho activo genérico, por la situación jurídica procesal de insuficiencia probatoria.

5. RESOLUCIÓN DE LA SALA PENAL PERMANENTE – RECURSO DE NULIDAD N° 1044 – 2010

Según el informe pericial contable que da cuenta que el Alcalde de un Distrito ordenó las construcciones de obras de diversa naturaleza, sin justificar recibos ni documento alguno del por qué se extendieron cheques y recibos beneficiando a personas por la realización de dichas obras, sin mediar una justificación técnica, sin embargo, no se ha demostrado un acuerdo entre las personas beneficiarias y el funcionario público en mención, además de no existir contrato o procedimiento de contratación alguno sobre la realización de las construcciones; en consecuencia, podemos concluir que no existe responsabilidad penal en el delito de colusión desleal sobre el funcionario público distrital, por no existir medios probatorios que vinculen al imputado con el delito en mención.

6. RESOLUCIÓN DE LA SALA PENAL PERMANENTE – RECURSO DE NULIDAD N° 920 – 2012

Conforme a los informes de edificaciones y de las pericias contables practicadas a los ingresos y egresos de un Municipio, no se pudo acreditar el desvío de fondos hacia los funcionarios públicos denunciados por el delito de malversación de fondos; además no existió medio probatorio alguno que demuestre la apropiación de bienes del Estado a favor de los imputados, así también del caso fluye que la obra inconclusa conforme al peritaje de la misma, no concluye que éstos se hubieran apropiado de dinero del Estado destinado a dicha obra, por lo que, al no existir otro medio probatorio pertinente y suficiente, podemos concluir que los procesados tampoco serían autores de la comisión del delito de peculado.

CONCLUSIONES

- La prueba judicial se manifiesta a través de las decisiones de responsabilidad penal en sus formas condenatoria

o absolutoria, en mérito a la motivación de mérito sobre el análisis de los medios probatorios en el estudio de los hechos punibles.

- La motivación judicial es la manifestación en concreto del razonamiento inferencial del juez para el estudio de la responsabilidad penal de cada caso en concreto, y de esta forma garantizar que las resoluciones de mérito para resolver los conflictos penales, se basen en el mayor acercamiento posible a los hechos materia de juzgamiento.
- La verdad procesal debe manifestarse en el debido cumplimiento del procedimiento penal para cada caso, que alcanza su punto cumbre en el momento que el juez competente debe determinar la responsabilidad penal de los imputados en la comisión de un delito, apreciándose las reglas de la lógica como los fundamentos jurídicos que tiene a su alcance para de esta forma garantizar el respeto del principio de presunción de inocencia.

BIBLIOGRAFIA

- ASENCIO MELLADO, José María. Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida. Editorial: Trivium. Madrid, España. 1989.
- CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal – Volumen I. Editorial: Librería “El foro”. Buenos Aires, Argentina. 2002.
- CHOCANO NUÑEZ, Percy. Teoría de la Prueba. Editorial: Moreno S.A. Arequipa, Perú. 1997.
- ECHEANDÍA, Devis. Teoría General de la Prueba Judicial. Editorial: Temis. Bogotá, Colombia. 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta, Madrid, España. 1997.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. La Valoración Racional de la Prueba. Editorial: Marcial Pons Madrid. España. 2007.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los Hechos en el Derecho. Editorial: Marcial Pons. Madrid, España. 2004.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. Estudios de Derecho Procesal Penal – Volumen I. Editorial: Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, Argentina. 2002.

HISTORIA DE UN PERIPLO

El Fuero Militar Policial asentó finalmente sus reales en Santa Beatriz

Teniente Coronel EP Roosevelt Bravo Maxdeo¹

En este trabajo, exploratorio, que deberá profundizarse, se describe los varios traslados de local que sufrió la jurisdicción militar durante los primeros cien años de su existencia. Varios de esos locales fueron inapropiados para la labor jurisdiccional y desmerecieron, en su tiempo, la alta jerarquía de la Institución. Resalta, igualmente, el esfuerzo que desplegaron algunos de sus presidentes por dotar de un local adecuado al entonces Consejo Supremo de Guerra y Marina, Consejo de Oficiales Generales y Consejo Supremo de Justicia Militar, nombres que recibió, a través de la historia, la máxima instancia de la jurisdicción militar policial, hasta llegar al nombre actual de Fuero Militar Policial. Entre los locales que acogieron a la máxima instancia de la jurisdicción militar policial se cuentan: palacios, caserones y quintas.

I. EL PRIMER CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR Y EL LUGAR DE ACTUACIÓN DEL CONSEJO SUPREMO DE GUERRA Y MARINA

El 20 de diciembre de 1898 se promulgó el primer Código de Justicia Militar, en el contexto de la reorganización del Ejército después de la Guerra del Pacífico, que se inició con la llegada de la primera Misión Militar

¹ Sub Director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Francesa al Perú en 1896, al mando del capitán de Artillería y oficial de Estado Mayor Pablo Clément, asimilado en nuestro Ejército con el grado de Coronel.²

Este Código creó el Consejo Supremo de Guerra y Marina como máxima instancia de la jurisdicción militar de entonces, cuya instalación se produjo el 23 de marzo de 1899, en el “salón principal de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia”, con la asistencia del entonces Presidente de la República Nicolás de Piérola y Villena.³

El Código señalaba, en su artículo 83°, que el Consejo funcionaría “(...) en una de las salas de la Corte Suprema, o en otro local del Palacio de Justicia, mientras no lo tuviese especial”⁴. La razón para ello habría sido la conformación del Consejo, que además de los cuatro Generales y dos Contralmirantes (en su defecto Coroneles y Capitanes de Navío) lo integraban también “los tres Vocales menos antiguos de la Corte Suprema de Justicia”, en concordancia con el artículo 80° de la misma norma.

Desde que el Consejo se instaló tuvo problemas de espacio para su funcionamiento; así, en la sesión del 10 de julio de 1901, se dio cuenta de un oficio del Ministro de Guerra, comunicando “que con fecha dos del mes en curso se había dirigido al Señor Ministro de Justicia encareciéndole se sirviera proporcionar en el Palacio de

Justicia un local apropiado para la Secretaría del Supremo Consejo”⁵

El General de División César Canevaro Valega, Presidente del Consejo, en la memoria que leyó el 18 de marzo de 1906 dijo, respecto de la necesidad de un local para el Consejo, lo siguiente: “Es necesario que el Consejo Supremo acuerde y pida lo conveniente, para tener un local propio a que se refiere el artículo 83 del expresado Código, como lo requieren la naturaleza y extensión de sus funciones. Es también indispensable la sala de espera de reos, que no deben estar en contacto con el público...” y, ensayando una solución temporal, respecto del lugar de espera de testigos y peritos, precisó: “En la secretaría pueden esperar, mientras el Consejo tenga local propio, los peritos y los testigos a que se refieren los incisos 2° y 3°, (del) artículo 536 del Código Militar.”⁶

El Consejo Supremo de Guerra y Marina, como se dijo líneas atrás, se instaló el 23 de marzo de 1899 y se disolvió el 31 de octubre de 1906, al promulgarse la Ley N° 273, a la que nos referiremos más adelante con mayor detalle. Tuvo, pues, el Consejo Supremo de Guerra y Marina, una existencia casi cabalística, de siete años y siete meses, habiendo sesionado 271 veces, siempre, “en una de las salas de la Excelentísima Corte Suprema”.

2 Comisión permanente de la historia del ejército del Perú y oficina de información del ejército, *Compendio de la Historia General del Ejército del Perú*, Volumen II, Industrial Gráfica S.A., Lima- Perú, Agosto del 2011, p. 271.

3 Libro de Actas de Sesiones Ordinarias del Consejo Supremo de Guerra y Marina, Libro N° 1, año 1899, p. 2.

4 Código de Justicia Militar del Perú de 1898, Edición Oficial, Oficina tipográfica de “El Tiempo”, por L.H. Jiménez, Lima, 1899.

5 Ídem Libro de Actas, p. 114.

6 Memoria del Excmo. Consejo Supremo de Guerra y Marina, leída por su Presidente el señor General de División D. César Canevaro, en la ceremonia de apertura del año judicial de 1906 (18 de Marzo de 1906), Imprenta Torres Aguirre – Camaná 425, Lima, 1906, p. 29.

II. EL CONSEJO DE OFICIALES GENERALES: ENTRE PALACIOS, CASONAS Y QUINTAS

El 27 de octubre de 1906, durante el primer gobierno del Presidente Pardo⁷, se promulgó la Ley N° 273, para modificar varios artículos del Código de Justicia Militar de 1898, otorgar competencia a la Corte Suprema de Justicia de la República para revisar, en vía de nulidad, sentencias de la jurisdicción militar; conocer en vía originaria de las causas sujetas “*al fuero de guerra*” contra las altas autoridades de la República; y sobre todo, cambiar la composición (solo con militares) y el nombre de Consejo Supremo de Guerra y Marina por el de Consejo de Oficiales Generales.⁸

II.1. El Consejo de Oficiales Generales sesionó en el Palacio de Justicia

El siete de diciembre de 1906, en horas de la tarde, en el salón de recepciones especiales del Palacio de Gobierno, el Presidente de la República, Doctor José Pardo y Barreda, acompañado del Ministro de Guerra, General de Brigada Pedro E. Muñiz y miembros de su Casa Militar, tomó el juramento de ley al Contralmirante Manuel A. Villaviscencio, Presidente del Consejo de Oficiales Generales, y éste, a su vez, a los Coroneles Miguel Valle Riestra, Mariano Vargas, José M. Pereyra, Manuel A. Zamudio y Foción

Mariátegui; y, Capitán de Navío Gregorio Casanova, como vocales del Consejo.⁹

El Consejo de Oficiales Generales, tras su instalación, sesionó “*en una de las salas de la Excelentísima Corte Suprema*”, pero no contaba con ambientes suficientes como una sala de espera u oficinas para sus vocales, situación que se manifiesta, reiteradamente, en las memorias de sus presidentes.

El General de Brigada Juan Martín Echenique, al presentar su memoria en la sesión del 18 de mayo de 1910, dijo: “*A pesar que desde hace doce años ejercen sus funciones en esta capital los juzgados y tribunales militares, no cuentan todavía con un local especial, como les es necesario y como está previsto en el código. Si era explicable que el Consejo supremo de guerra y marina sesionase en el palacio de justicia por cuanto formaban parte de él los señores vocales de la Excma. Corte Suprema y no era oportuno alejarlos del local en que ejercen sus funciones ordinarias y cotidianas; esa circunstancia no existe ya.*”¹⁰

En semejante sentido, sobre la necesidad de un local para el Consejo, el Contralmirante Toribio Raygada, al dar lectura a su memoria en la sesión del 22 de marzo de 1913, dijo: “*Es urgente designarle al Consejo un local propio, ya sea en el Palacio de Justicia o en otro que se considere conveniente; como lo requieren las altas*

7 José Simón Pardo y Barreda, fue presidente constitucional del Perú en dos periodos: de 1904 a 1908 y de 1915 a 1919. Dejó el poder antes de concluir su mandato, por un golpe de estado propiciado por Augusto Bernardino Leguía Salcedo, que con ese acto dio inicio al ciclo conocido como el “*oncenio de Leguía*”.

8 Ley N° 273, “Artículo 6°. El Consejo Supremo de Guerra y Marina se llamará en adelante “Consejo de Oficiales Generales”, y se compondrá de nueve vocales, seis de ellos generales y tres contralmirantes y de un fiscal letrado...”

9 Libro de Actas de Sesiones Ordinarias del Consejo de Oficiales Generales, Libro N° 2, 1906, p. 61-63.

10 Memoria presentada al Consejo de Oficiales Generales, por su Presidente el señor General Juan Martín Echenique, en la sesión del 18 de mayo de 1910, Tipografía “Unión” - Boza 847, Lima, 1910, p. 12.

funciones del Tribunal, y a fin de conservar debidamente los documentos del archivo y de la Secretaría.

Es también indispensable la sala de espera de reos; para que no permanezcan como hoy en los corredores del Palacio de Justicia, ante la expectación del público, lo que es bochornoso y un escarnio a la dignidad humana.

*Esta necesidad se viene haciendo notar desde el año 1905 en las diversas memorias del Consejo; por lo que he creído indispensable ocuparme nuevamente de este asunto.”*¹¹

En las postrimerías del año 1913, el Presidente de la Corte Suprema se dirige al Consejo y *“hace presente que por tener que repararse la sala en la que ha estado funcionando el Consejo, no podrá disponerse en lo sucesivo del referido local”*, acordando el Consejo, en su sesión del 13 de noviembre del referido año, elevar *“al Supremo gobierno”*, el oficio del señor *“Presidente de la Excelentísima Corte Suprema”*.

En la sesión del Consejo del 02 de diciembre de 1913, se dio cuenta de un oficio del Ministro de Guerra *“transcribiendo la resolución suprema por la que se destina para local del Ilustrísimo Consejo de Oficiales Generales, las oficinas que ocupó la Intendencia General de Guerra, antes de su organización actual; y se dispone que mientras*

quede expedito el nuevo local, el referido Consejo continuará funcionando en una de las salas de la Excelentísima Corte Suprema, como lo dispone el código de justicia militar.” Como en otras ocasiones, que se mencionarán más adelante, la resolución expedida por el gobierno no se cumplió y no hubo traslado *“a las oficinas que ocupó la Intendencia General de Guerra”*.

En la sesión del 15 de junio de 1915, presidida por el Contralmirante Manuel A. Villavisencio, se acordó oficiar al Ministro de Guerra para que se sirva disponer de un local aparente para las sesiones del Consejo, en vista de que *“con motivo de la revisión de los procesos electorales que verifica en la actualidad la Excelentísima Corte Suprema por lo que queda el Consejo sin local para sus sesiones...”*¹²

En marzo de 1916, al dar lectura a su memoria, el Contralmirante Manuel A. Villavisencio, expresó: *“El artículo 83 de nuestro código ordena que el Consejo funcione en una de las salas de la Excm. Corte Suprema o en otro local del Palacio de Justicia mientras no lo tuviere especial. Han transcurrido 17 años y este respetable tribunal compuesto de altos jefes del ejército y la marina, carece de local propio y adecuado a sus funciones, habita de prestado y como sabéis se han presentado ocasiones en que ha funcionado en una estrecha habitación, con mengua de su decoro. Os recomiendo que acordéis algo*

11 Memoria presentada al Consejo de Oficiales Generales, por su Presidente señor Contralmirante D. Toribio Raygada, en la sesión del 22 de marzo de 1913. Imprenta Americana- Abancay N° 154, Lima, 1913, p. XXIII.

12 Los “procesos electorales” a los que se hace referencia, son los que convocó el General de Brigada Oscar R. Benavides Larrea, tras el golpe de estado que encabezó contra el Presidente Billinghurst el 4 de febrero de 1914. Salió elegido presidente José Pardo y Barreda y ocupó el cargo el 18 de agosto de 1915. La Corte Suprema de Justicia de la República recibió el “extraño” encargo de revisar los resultados del proceso electoral.

sobre el particular, no pidiendo un palacio como existe en todo país culto, pero sí, algo que sea apropiado y presentable”¹³.

En la sesión del Consejo del 21 de julio de 1916, el Coronel Aristides de Cárdenas, Vocal y encargado de las cuentas judiciales del Consejo, “manifestó que las zonas judiciales de la República se habían provisto ya de los útiles y mobiliario indispensables para sus oficinas, careciendo el Tribunal hasta el presente de local y que creía conveniente que se adoptara alguna medida al respecto, por lo que proponía al Consejo que se pasara un oficio al Supremo gobierno a fin de que los fondos de justicia militar existentes en el Caja de Consignaciones y Depósitos y los que en adelante se empocen, se destinen a la construcción de un local para el Consejo de Oficiales Generales”. La propuesta fue aprobada por el Consejo y se pasó un oficio en ese sentido al gobierno.

En la sesión del 07 de setiembre de 1917, el “coronel Cárdenas manifestó que el Consejo quedaría en situación difícil con relación al local para sus sesiones, una vez que la Corte Suprema terminara de ver los procesos políticos y el Colegio de Abogados reclamara su local, por lo que en vista de lo expuesto por el referido señor coronel Cárdenas, se acordó que el señor General Presidente hiciera personalmente las gestiones del caso ante el señor Presidente de la República a fin de que se proporcione al Tribunal un lugar apropiado para sus reuniones.”

II.2. El Consejo de Oficiales Generales sesionó en la sala de actuaciones del Colegio de Abogados de Lima

Esta falta de local, “por tener que repararse la sala en la que ha estado funcionando el Consejo...” o “la revisión de los procesos electorales por la Corte Suprema”, hizo que el Consejo sesionara, en varios momentos, en la “sala de actuaciones del ilustre Colegio de Abogados de Lima”; así, de acuerdo con el Libro de Sesiones Ordinarias del Consejo de Oficiales Generales N° 5, el Consejo sesionó en dicho local, por primera vez, el 09 de julio de 1915, “bajo la presidencia del señor Contralmirante don Toribio Raygada.” Dos meses y medio después, el 21 de setiembre, el Consejo retornó a su lugar habitual de sesiones; es decir, “una de las salas de la Excelentísima Corte Suprema”. Más adelante, a partir del 26 de mayo de 1917, las sesiones del Consejo se volvieron a llevar a cabo “en la sala de actuaciones del Colegio de Abogados”, hasta el 03 de mayo de 1918 en que sesionó en ese lugar por última vez, antes de trasladarse a su nuevo local de la calle Ortiz.

II.3. El Palacio de Justicia de la calle Aduanas y la sala de actuaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Lima

La “sala de la Excelentísima Corte Suprema” y “la sala de actuaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Lima”, lugares donde sesionaron en su momento los integrantes

13 Memoria del Ilustrísimo Consejo de Oficiales Generales, leída por su Presidente el Sr. Contralmirante D. Manuel A. Villavisencio, Correspondiente al año judicial de 1916 (1° de marzo de 1915 al 1° marzo de 1916), Imprenta del Estado Mayor General del Ejército, Lima, 1916, p. 9-10.

del Consejo Supremo de Guerra y Marina y el Consejo de Oficiales Generales, estaban ubicadas en el edificio del antiguo Palacio de Justicia de la calle de la Aduana, después quinta cuadra del jirón Ayacucho y hoy jirón Antonio Miró Quesada, donde actualmente se levanta un edificio del Ministerio Público¹⁴.

Este inmueble fue originalmente propiedad de la Orden Jesuita, estableciendo el virrey Martín Enríquez de Almanza en 1582 el Colegio San Martín para la enseñanza de Teología, Jurisprudencia y Gramática. En 1767, tras la expulsión de los jesuitas de la América española, el virrey tomó posesión del local e instaló en el la Aduana (de allí el nombre de la calle entonces) y, posteriormente, fue local de la Escuela Normal Central, perteneciente a la Universidad Mayor de San Marcos, cuyo terreno había sido cedido por el gobierno de Ramón Castilla, por Decreto del 5 de mayo de 1855.

Durante el Gobierno de Pedro Díez Canseco, por Decreto del 4 de junio de 1868, siendo Presidente de la Corte Suprema de la República el doctor Bernardo Muñoz, se consideró que para el buen ejercicio de las funciones de justicia, era necesario dotar de un edificio propio a los tribunales y juzgados para que contaran con las condiciones de seguridad y decencia adecuadas por lo que se trasladó la Corte a este local, conociéndose desde entonces como Palacio de Justicia. Por escritura pública del 22 de enero de 1902, el presidente Eduardo López de Romaña celebró un contrato de permuta con el rector de la Universidad Nacional

Mayor de San Marcos, doctor Francisco García Calderón Landa, quedando el local en propiedad de la judicatura.

En este local funcionaron las Cortes de Justicia, los Juzgados de Primera Instancia, el Colegio de Abogados y el Registro de la Propiedad Inmueble, hasta su traslado al nuevo edificio del Paseo de los Héroes.¹⁵

II.4. El Consejo de Oficiales Generales se traslada a la calle de Ortiz

En la sesión del 11 de enero de 1918, se dio cuenta de un oficio del Ministro de Guerra transcribiendo la resolución suprema, *“por la que se autoriza al Consejo para que considere en sus ajustamientos mensuales las partidas para arrendamiento de un local, para útiles de escritorio y para extraordinarios.”* En la sesión del 12 de abril del mismo año, a pedido del Coronel Díez Canseco, el Consejo acordó que *“se pasara a la Corte Suprema (un oficio) poniendo en su conocimiento que el Consejo por falta de local apropiado en el Palacio de Justicia se trasladaba a la casa que había tenido que buscar con tal objeto...”*

En la sesión del 26 de abril de 1918, el Presidente del Consejo manifestó cuál era el estado de los arreglos que se llevaban a cabo en el nuevo local que debía arrendar el Consejo y *“se acordó con este motivo, que se encargara al relator secretario de formalizar el contrato de arrendamiento, extendiéndose al respecto la respectiva escritura.”* En la sesión del 03 de mayo del mismo año, se dio cuenta de un oficio del Ministro de Guerra

14 Calle Aduana. Quinta cuadra del Jr. Ayacucho. También se conoció como San Martín y Palacio de Justicia.

15 GÁLVEZ, José Francisco, *Historia del Palacio Nacional de Justicia*, Fondo Editorial del Poder Judicial, primera edición, 29 de diciembre de 2008, p. 261 a 263.

transcribiendo la resolución suprema por la que se dispone se gire a favor del *“Habilitado del Consejo de Oficiales Generales, por la cantidad de trescientas once libras para la adquisición del mobiliario destinado a dicho Tribunal...”*

El 21 de mayo de 1918, finalmente, el Consejo sesionó por primera vez en su nuevo local *“de la calle de Ortiz, número trescientos treinta y dos”*, hoy tercera cuadra del jirón Huancavelica,^{16 17} bajo la presidencia del General de Brigada Benjamín Puente y la asistencia de los Coroneles Manuel Francisco Diez Canseco, Arístides de Cárdenas, Manuel Pío Alcalá, Capitán de Navío Daniel Rivera, Coronel Luís B. Regal, Capitán de Navío Federico Sotomayor Vigil y el Fiscal doctor Ricardo Leoncio Elías. No concurrieron a la sesión, con aviso, el Coronel Carlos Augusto Pásara y el Capitán de Navío Ernesto de Mora.

En la sesión del 24 de mayo, el relator dio cuenta de un oficio del Presidente de la Corte Suprema, acusando recibo del que se le cursó comunicándole de la instalación del Consejo en su nuevo local, *“quedando desocupada y a disposición de esa Corte la habitación donde funcionaba la secretaría del Tribunal.”*

En la sesión del 14 de junio, se leyó un oficio del Ministro de Guerra transcribiendo la resolución suprema por la que *“se dispone que se gire a cargo del Ministerio*

de Hacienda y a favor de la Dirección del Servicio de Ingeniería la cantidad de ciento veintidós libras dos soles veintiséis centavos para atender a la construcción de un estrado y dieciséis bancas para el local del Consejo de Oficiales Generales”. En la sesión del 03 de julio de 1918 se dio cuenta de un oficio del Ministro de Guerra transcribiendo la resolución suprema *“por la que se gira a cargo del Ministerio de Hacienda y a favor del habilitado del Consejo de Oficiales Generales por la cantidad de ciento treintaicinco libras, cuatro soles, para que atienda a los gastos originados por la instalación de alumbrado eléctrico, confecciones y demás reparaciones efectuadas en el local de dicho Consejo.”*

En la memoria que el Coronel Arístides de Cárdenas presentó al Consejo de Oficiales Generales en marzo de 1919, en su calidad de Presidente, dijo: *“No fue posible permanecer más tiempo en el Palacio de Justicia, a pesar del mandato expreso de la ley, y el Tribunal se ha trasladado a este local en la forma y condiciones que conocéis. No es compatible con la respetabilidad de un tribunal de justicia el ocupar edificios particulares, siempre inadecuados y con la expectativa de frecuentes traslaciones... La justicia militar tendría suficiente con un local en que funcionen este Tribunal y sus oficinas, una sala para la reunión de los Consejos de Guerra y locales para la Jefatura de Zona, sus oficinas y los Juzgados de instrucción. La adquisición o construcción de un edificio sería hasta*

16 Desde la fundación de Lima y hasta el año 1862, las calles en Lima tenían un nombre por cada cuadra. Así, una misma vía era, en realidad, varias calles. Es por ello que, antes de que la vía fuera llamada Jirón Huancavelica, cada una de sus 9 cuerdas tenía un nombre distinto; así la cuadra 1 se llamaba Lezcano porque ahí se ubicaba la vivienda de don Pedro de Lezcano Centeno y Valdez, cuadra en la que hoy mismo se encuentra la casa, convertida en museo, del héroe nacional Miguel Grau Seminario; la cuadra 2 correspondía a la calle del teatro Segura y la cuadra 3 llamada de Ortiz, por algún habitante de esa calle de apellido Ortiz, que no sido identificado. <<http://www.boletindenewyork.com/callesantigualima.htm>>

17 Actualmente, ocupa ese local el Museo Municipal de Teatro (Calle Huancavelica 338) y se ubica junto al local de la Asociación Nacional de Periodistas del Perú.

económica para el Fisco, que gasta hoy apreciable suma en arrendamientos, mudanzas y arreglo de locales alquilados.”¹⁸

El contrato de alquiler del local de la calle de Ortiz se suscribió el 02 de mayo de 1918, por un plazo de 3 años, prorrogables por 2 años más; no obstante, en ese transcurso las propietarias vendieron la casona a Pablo Rada y Gamio. En la sesión del 11 de mayo de 1920 se informó de la resolución suprema por la que se aumentaba a cuarenta y cinco libras mensuales la partida *“de veinte libras que consigna el ajustamiento del Consejo para arrendamiento de casa y autorizándosele para tomar la casa de la calle de Belén a fin de que se traslade el Tribunal.”*

En la sesión del 28 de mayo de 1920, el Coronel Arístides de Cárdenas expuso que *“en vista que el Tribunal debe trasladarse al nuevo local de la calle Belén...”* debía resolverse la situación del local en que funcionaba el Tribunal, pues existía un *“contrato escriturado”* por tres años y aún faltaba un año para que se cumpla el plazo. El Consejo autorizó a su Presidente para resolver la situación.

En la sesión del 19 de octubre de 1920 se leyó una *“carta del Doctor Don Pedro José Rada y Gamio¹⁹, apoderado de su hermano Don Pablo A. Rada y Gamio propietario de la casa que ocupa el Consejo, comunicando al señor General Presidente, que el contrato de arrendamiento a que se refiere la escritura*

de dos de mayo de mil novecientos dieciocho, terminará a los tres años forzosos de duración pactados en su cláusula primera, quedando sin efecto los dos años voluntarios y que en consecuencia debe ser desocupado y entregado el local el día dos de mayo de mil novecientos veintiuno.” El Consejo permaneció en este local entre el 21 de mayo de 1918 y el 30 de octubre de 1920, es decir, aproximadamente, 2 años y 5 meses.

II.5. El Consejo de Oficiales Generales se traslada a una quinta de la calle de Belén

En la sesión del 22 de octubre de 1920 el *“Señor General presidente manifestó que acababa de recibir del señor Manuel Irigoyen, propietario de la finca de la calle de Belén, a cuyo local deben trasladarse las oficinas del Consejo, poniendo a disposición de este el referido local, desde el primero de noviembre próximo, y demás circunstancias que en dicha carta se indican, a la que se dio lectura. El Tribunal resolvió que se trasladaran sus oficinas en la fecha expresada a la referida casa...”*

Instalado ya el Consejo de Oficiales Generales en la quinta de la calle Belén, hoy prolongación Jirón de la Unión, en el cercado de Lima, recibió la visita del Presidente de la República Augusto Bernardino Leguía, el 20 de marzo de 1921, quién concurrió acompañado del Ministro de

18 Memoria presentada al Consejo de Oficiales Generales, en marzo de 1919, por su Presidente Señor Coronel Don Arístides de Cárdenas. Empresa Tip. “Unión” A. Giaccone & Co. Lima-Perú – Boza 873, 1919, p. 5.

19 Pedro José Rada y Gamio (Arequipa 1873 - Lima 1938), fue abogado, político, diplomático y escritor. Diputado por Arequipa (1919-1923); presidente de la Cámara de Diputados (1921-1922); ministro de Fomento y Obras Públicas (1921 y 1925-1926); alcalde de Lima (1922); ministro de Gobierno y Policía (1922-1924); ministro de Relaciones Exteriores (1926-1930) y presidente del Consejo de Ministros (1926-1929). Fue también senador (1929-1930). <www4.congreso.gob.pe/museo/.../207.PedroJose_RadaGamio-1.pdf>

Guerra.²⁰ Ejercía la presidencia del Consejo en ese entonces el General de Brigada Carlos Isaac Abrill Galindo.

Evidentemente, el local de la calle Belén tampoco fue una solución al problema del Consejo de contar con un local adecuado, por lo que constantemente se hace referencia a ello y no se pierde oportunidad en resaltarlo y proponer posibles soluciones, ya por el Presidente del Consejo como por sus vocales. En la sesión del 02 de julio de 1924, a petición del Coronel Carlos Augusto Pásara, *“el Consejo acordó se hagan las gestiones correspondientes ante quien corresponda, con motivo de la construcción del Palacio de Justicia para que sea cedido al Tribunal un pabellón o departamento dedicado para su funcionamiento en el local del nuevo Palacio de Justicia.”*²¹

El General de Brigada Gabriel Velarde Álvarez, en la ceremonia de apertura del año judicial de 1926, durante la presentación de su memoria, manifestó que era de *“verdadera necesidad por decoro y conveniencia del servicio de la justicia militar, dotar al tribunal de local propio”*, que se destinaría también para los *“consejos de guerra, para el despacho del jefe de zona y sus dependencias y los juzgados de instrucción de la región.”*²²

En la memoria que el mismo General de Brigada Gabriel Velarde Álvarez presentó tres años después, durante la ceremonia

de apertura del año judicial de 1929, se reiteró los inconvenientes que el Consejo de Oficiales Generales tiene al no contar con un local adecuado para su labor, no obstante haber transcurrido 30 años desde el inicio de la vigencia del Código de Justicia Militar y de cuenta de las gestiones que ha realizado para subsanar esa omisión, en los términos siguientes:

“Conforme se halla informado el consejo, al tener conocimiento de la próxima construcción del nuevo palacio de justicia, en la plaza de la Exposición y el sector de la antigua cárcel de Guadalupe, me puse al habla con el ministro de guerra, señor Emilio Sayán Palacios, solicitando que en la vasta área destinada al nuevo palacio de justicia, se designe un pabellón adecuado, para el local especial a que se refiere el código.

*El señor ministro gestionó, con toda voluntad, ante el ministro de justicia, pero la circunstancia de haberse ya aprobado los planos para la referida construcción, según me manifestó el señor Sayán Palacios, y que por este motivo, ya no se disponía de terreno apropiado para el consejo, no dio el resultado que se esperaba, a pesar de la intervención activa del jefe del portafolio de guerra.”*²³

En este punto, por falta de memorias o actas del Consejo hay un vacío en la información sobre los locales que “habitó” el Consejo. Esperamos, desentrañar esos misterios prontamente.

20 Libro de Actas de Sesiones Ordinarias del Consejo de Oficiales Generales, N° 8.

21 Libro de Actas de Sesiones Ordinarias del Consejo de Oficiales Generales, N° 10.

22 Memoria presentada al Consejo de Oficiales Generales por su Presidente General de Brigada Gabriel Velarde Álvarez, en la ceremonia de apertura del año judicial de 1926, Empresa Editorial “Cervantes”, Polvos Azules 138, Lima- Perú, 1926, p. 47.

23 Memoria presentada al Consejo de Oficiales Generales, por su Presidente General de Brigada Gabriel Velarde Álvarez, en la ceremonia de apertura del año judicial de 1929, Imprenta Americana – Plaza del Teatro Lima, 1929, p. 12.

III. El Consejo de Oficiales Generales sesiona en ambientes senatoriales e Inquisitivos

Al surgir el Perú a la vida republicana, se organiza el Parlamento peruano, constituido tradicionalmente por dos Cámaras: la Cámara de Diputados y el Senado Nacional. Durante el Siglo XIX y parte del Siglo XX, hasta la inauguración en 1939 del local que hoy ocupa el Congreso de la República, la Cámara de Diputados sesionaba en el antiguo local de la Universidad de San Marcos, situado entonces en parte del terreno que ocupa actualmente el Palacio Legislativo y el Senado Nacional, en el antiguo local del Tribunal de la Inquisición; es decir, ambas cámaras en la llamada Plaza de las Tres Virtudes, conocida luego como del Congreso, de la Inquisición o Plaza Bolívar.

El Senado tenía como sala de sus sesiones la sala de audiencias del Santo Oficio y sus demás ambientes fueron ocupados como oficinas por la Junta Directiva, las comisiones, Oficialía Mayor, biblioteca y otras. Al trasladarse el Senado a su nuevo local en 1939, los ambientes que ocupaba en la inquisición quedaron, en parte, desocupados, y es así que *“En abril de 1950, el Consejo de Oficiales Generales ocupó la sala de audiencias, la cámara del secreto y los ambientes de la segunda planta del antiguo local del Senado compartiendo así el local con la Biblioteca Pública de la Cámara de Diputados.”*²⁴

Ese traslado, fue otra vez discutido por los integrantes del Consejo, pues sus antiguos problemas de hacinamiento no fueron resueltos. El General de Brigada Eduardo Castro Ríos, Presidente del Consejo de Oficiales Generales, en la memoria que leyó en la ceremonia de apertura del año judicial de 1953, dijo: *“El Tribunal funciona en el antiguo local del Senado el que parcialmente ocupa, pues la mayor parte del mismo está destinado a la Biblioteca de la Cámara de Diputados. No necesito relieves los inconvenientes con que se tropieza por la falta de un adecuado local que se encuentre a tono con la alta jerarquía del Tribunal y con sus necesidades. Solo se cuenta en la actualidad con una Sala de Audiencias, un Despacho para el Presidente y escasos compartimientos para sus oficinas, en la que estrechamente se halla instalado el personal de empleados. No existe una sala de recibo, ni los señores Vocales del Consejo cuentan con un Despacho para su labor. La majestad de la función judicial y la prestancia del Consejo de Oficiales Generales, como el más alto Tribunal de Justicia Militar de la República, exigen resolver prontamente esta precaria e inconveniente situación, destinándosele un local que se encuentre a tono con su elevada situación y que satisfaga sus necesidades.”*²⁵

Las complejidades de las tareas propias del Consejo de Oficiales Generales hicieron que los ambientes que ocupaba resultaran insuficientes para sus labores. Por dicha

24 Las Casas de la Inquisición: Fernando Ayllón Dulanto. Texto de la conferencia dada en el Coloquio Arqueología e Historia de las sedes de la democracia, del saber y de la fe. Congreso de la República y Universidad Nacional Mayor de San Marcos, miércoles 17 de abril de 2002. Versión revisada al 31 de mayo de 2012. <http://www4.congreso.gob.pe/museo/casas_inquisicion.html>

25 Memoria del Presidente del Consejo de Oficiales Generales, General de Brigada Eduardo Castro Ríos, leída en la ceremonia de apertura del año judicial de 1953, p. 14.

razón, a través del Decreto Ley N° 14543²⁶, del 4 de julio de 1963, se transfiere al Ministerio de Guerra, para la construcción del nuevo edificio del Consejo, el terreno asignado al Ministerio de Marina²⁷ ubicado en el perímetro formado por los jirones Francisco de Zela, General Córdoba, Pablo Bermúdez y Camilo Carrillo.

En la memoria del año judicial de 1963, leída por el Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar²⁸, General de Brigada Reynaldo Enríquez Quesada, se refiere que se ha cristalizado, mediante el Decreto Ley 14543, la transferencia al Ministerio de Guerra del terreno asignado al Ministerio de Marina, dentro del perímetro formado por los jirones: Francisco de Zela, General Córdoba, Pablo Bermúdez y Camilo Carrillo, *“Con un área de 11,779 metros cuadrados, para la construcción del local que albergará al Consejo Supremo de Justicia Militar, a los Consejos de Guerra de Aeronáutica, Marina y Consejos de Guerra de la II Zona Judicial del Ejército y II Zona Judicial de Policía”*²⁹ Respecto al financiamiento de la obra, dice la memoria, que *“se logró que en los proyectos de presupuestos de*

1964 de cada uno de los Ministerios (de las Fuerzas Armadas y de Policía) se incluyera la cantidad de S/. 800.000.00, lo que hace un total de S/. 3'2000,000.00 para poder iniciar la obra.” Este proyecto no se llevó a cabo.

El mismo General Enríquez, en la memoria leída en la apertura del año judicial 1965, dijo: *“Motivo de constante preocupación ha sido para esta Presidencia, dotar al Consejo Supremo de Justicia Militar, de un local apropiado, acorde con su prestancia. Renovando las gestiones que ha venido haciendo, desde hace mucho tiempo, ha logrado que entre tanto se construya el local propio para el Consejo Supremo en el terreno que ya tiene adjudicado para este fin, con los fondos que se vienen acumulando, el Ministerio de Guerra proporcione a este Consejo el local que actualmente ocupa el Instituto Geográfico Militar, cito en la segunda Cuadra de la Avenida Arequipa de esta Capital, el que una vez desocupado y debidamente reacondicionado, servirá como sede del más alto Tribunal de la Justicia Castrense.”*³⁰ Las gestiones del General de Brigada Reynaldo Enríquez Quesada, para dotar al Consejo de un ambiente adecuado, son dignos de todo elogio.

26 En la parte considerativa del Decreto Ley se refiere, que habiéndose asignado el terreno para la construcción del Ministerio de Marina y expidiéndose posteriormente el Decreto Supremo N° 2-F, de 4 de Febrero de 1963, con el que se dispone “la reservación del terreno para la construcción de los Edificios necesarios para el funcionamiento de los Ministerios de las Fuerzas Armadas en la zona en que funcionó el Hipódromo de San Felipe y siendo propósito del Supremo Gobierno el dotar al Consejo de Oficiales Generales de un adecuado local, se dispone en el Artículo 1°, transferir el terreno asignado al Ministerio de Mariana, al Ministerio de Guerra, “para la construcción del nuevo edificio del Consejo de Oficiales Generales”. El terreno fue transferido al Ministerio de Guerra, siendo Presidente de la Junta de Gobierno y Ministro de Guerra el General de División Nicolás Lindley López.

27 El terreno fue asignado al Ministerio de Marina mediante Decreto Ley N° 11376, de 29 mayo de 1950, siendo Presidente de la Junta Militar de Gobierno el General de Brigada Manuel A. Odría y Ministro de Marina el Contralmirante Roque A. Saldías.

28 El nombre de Consejo de Oficiales Generales fue cambiado por el de Consejo Supremo de Justicia Militar, al promulgarse el Decreto Ley N° 14612, Ley Orgánica de Justicia Militar, el 25 de julio de 1963.

29 Memoria del Consejo Supremo de Justicia Militar, leída en la apertura del año judicial de 1964, por el señor General de Brigada D. Reynaldo Enríquez Quesada, Lima- Perú, 1964, p. 21-22.

30 Memoria del Consejo Supremo de Justicia Militar, leída en la apertura del año judicial de 1965, por el señor General de Brigada D. Reynaldo Enríquez Quesada, Lima- Perú, 1965, p. 16.

Al trasladarse el Consejo Supremo de Justicia Militar a su nuevo local de la avenida Arequipa, los ambientes que ocupaba en la Inquisición “(...) fueron devueltos a la Cámara de Diputados en 1966, en cumplimiento de la Resolución Suprema N° 737-H, del 9 de agosto del mismo año. En dicha norma se declara cancelada la afectación de uso al Ministerio de Guerra del antiguo local del Senado, en la plaza de la Inquisición, el mismo que quedó aplicado al funcionamiento de la Biblioteca Pública de la mencionada Cámara. El día 11 del mismo mes se produjo la devolución del local.”³¹ El Consejo permaneció en este local 16 años y tres meses, aproximadamente.

IV. EL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR: ENTRE AZULEJOS Y CÚPULAS MORISCAS

Por Resolución Suprema N° 146-CGE/X, del 5 de Agosto de 1966, el Ministerio de Guerra concedió al Consejo Supremo de Justicia Militar el uso de un local nuevo, en la avenida Arequipa N° 310, urbanización Santa Beatriz, Cercado de Lima.

En la Memoria del año 1966, que el General de División Luís Palacios Trujillo leyó en la apertura del año judicial de 1967 dijo, respecto del nuevo local, que había sido la “(...) *culminación de gestiones*

llevadas a cabo durante años, para dotar al más alto Tribunal Castrense de la República de un Edificio que guardara relación y armonía con su singular prestancia y trascendental misión.”³²

Según la versión del entonces cabo del Ejército, posteriormente Empleado Civil de la misma Institución y hoy trabajador del Fuero Militar Policial, Lucio Solís León, el Consejo se trasladó a su nuevo local de la avenida Arequipa, a mediados del mes de julio de 1966. Ejercía la presidencia del Consejo, en ese entonces, el General de Brigada Néstor Mendoza Rodríguez.

Este traslado incluyó una maceta con un pequeño pino, algo macilento y desgarrado, que por las manos primigenias del entonces Cabo Lucio Solís León y el Mayor del Cuerpo Jurídico Militar Oscar Parodi Izarra, Jefe de Personal, sentó sus reales en un minúsculo jardín del Fuero Militar y hoy crece derecho y desafiante, tan alto como el edificio que se levanta a su lado, asemejando ser el palo mayor de una antigua fragata de guerra, invencible y extraña. Es el árbol de todos, también de las palomas que anidan en sus ramas.

En cuanto a los detalles de este nuevo local, el propio General Palacios, en la memoria referida, dijo: “*Este inmueble, un verdadero palacete morisco*”³³, *ha sido*

31 Ibídem, Las Casas de la Inquisición: Fernando Ayllón Dulanto.

32 Memoria del año 1966, del Consejo Supremo de Justicia Militar, leída en la apertura del año judicial de 1967 por el señor General de División Luís Palacios Trujillo, Lima-Perú, 1967, p. 8.

33 Se refiere al local ubicado en la Av. Arequipa 310, que hace esquina con la primera cuadra del Jr. Manuel Corpancho, frente a la Embajada de Venezuela y a inmediaciones del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. Su construcción data de los años veinte del siglo pasado, cuando la “afrancesada” urbanización Santa Beatriz se levantó bajo los auspicios del presidente Augusto Bernardino Leguía y Salcedo, cuya avenida principal (hoy avenida Arequipa) llevaba su nombre hasta antes del golpe de estado del Teniente Coronel Luís Miguel Sánchez Cerro, de quién se dice que también ocupó esta vivienda, temporalmente, al convertirse en Presidente de la República. Antes de que el Consejo Supremo de Justicia Militar (CSJM)

*debidamente reparado y acondicionado para el mejor desenvolvimiento de las labores de este Supremo Tribunal, habiéndose adquirido, en parte, el mobiliario y objetos artísticos adecuados; sin embargo, falta bastante por hacer al respecto, y para cuyo efecto esperamos contar con el aporte necesario de los Ministerios de la Fuerza Armada y Fuerzas Auxiliares, que concluirán así la imperiosa tarea de otorgar a la Justicia Castrense de las comodidades acordes con la función del más alto organismo judicial militar y una de las Instituciones Tutelares de la República.”*³⁴

El Consejo Supremo permaneció en este local algo más de 32 años, sin los apremios de falta de espacio y con “las comodidades acordes con la función del más alto organismo judicial militar”.

V. EL FUERO MILITAR POLICIAL: ASENTÓ SUS REALES EN SANTA BEATRIZ

Como los “palacetes moriscos” también se van deteriorando, un informe del Instituto Nacional de Defensa Civil estableció, en 1995, que la casona “morisca” de la avenida Arequipa 310, por la antigüedad de sus estructuras, había sufrido resquebrajaduras y existían riesgos para la seguridad de las personas que trabajaban en el local. Se dijo también, que su reparación sería costosa y dado que la casona era de propiedad del Ejército, el Consejo Supremo de Justicia Militar no podría sufragar esos gastos.

Ante esa coyuntura, los integrantes de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar, bajo la presidencia del General de División Guido Guevara Guerra, mediante resolución del 24 de noviembre de 1995, acordaron: “1.- Proceder al inicio de la construcción del Complejo de Justicia Militar, para cuyo efecto encomendaron la licitación de la primera etapa... y la subsecuente construcción del casco, así como el control de la ejecución de la obra, al Servicio de Ingeniería del Ejército...”

El 29 de agosto de 1996, los miembros de la Sala Plena del Consejo, autorizaron “al Comité de Adquisiciones, integrado por el General de Brigada Hugo Pow Sang Sotelo, Teniente Coronel Roberto Teixeira Michelena y Mayor FAP Juan Ibarra Schambaher, realizar las gestiones Administrativas y Legales para proponer en el plazo más breve la adquisición del inmueble localizado en forma adyacente o próxima con el predio que ocupa el Consejo Supremo de Justicia Militar...”

Las gestiones para la adquisición de propiedades contiguas al local del entonces Consejo Supremo de Justicia Militar se llevaron a cabo; así, se adquirió, de los herederos legales de Juan Francisco Casaretto Ugaz, la propiedad que daba frente a la avenida Juan Antonio Álvarez de Arenales números 319 y 319-A (436.25 m²) y de César Artemio Augusto Collazos Alva y sus herederos legales, la propiedad contigua signada con los números 321, 329 y 333 (435.20 m²).

se trasladara a este local, en la quincena de julio de 1966, estuvo ocupado por el Instituto Geográfico Militar (Desde 1987 Instituto Geográfico Nacional). En los años 70 del siglo pasado, durante el gobierno militar, el CSJM compartió este local con el Comité de Asesoramiento del Primer Ministro (COAPRIN) y en los ochentas y parte de los noventas, ocupó dos ambientes, en el segundo piso, el Instituto Peruano de Estudios Geopolíticos (IPEGE), que conducía el General de División Edgardo Mercado Jarrín. El CSJM abandonó gradualmente estas instalaciones entre 1998 y 1999.

34 Ibidem Memoria del año 1966, p. 8.

En esos espacios se construyó el nuevo local de la sede central del Consejo Supremo de Justicia Militar, que se concluyó, formalmente, en enero de 1999; no obstante, algunas oficinas se trasladaron al nuevo local en el segundo semestre de 1998 y se continuaron realizando trabajos de acabados hasta el año 2000. Desde el año 2008 el local es la sede central del Fuero Militar Policial, nombre que adopta luego de la dación de la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial. La dirección: avenida Arenales N° 321, Santa Beatriz, Lima Cercado. No es un palacio, casona o quinta, pero sí un local con *“las comodidades acordes con la función del más alto organismo judicial militar”*.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Largo ha sido el periplo de la jurisdicción militar, antes de asentar sus reales en Santa Beatriz, en 1998, después de 100 años de la promulgación del primer Código de Justicia Militar en 1898. La máxima instancia de la jurisdicción militar sesionó, antes de llegar a su local actual, en una de las salas del antiguo Palacio de Justicia de la calle de la Aduana, hoy quinta cuadra del jirón Miro Quesada, el local del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, ubicado en el mismo lugar, en una casa de la calle Ortiz, hoy tercera cuadra del jirón Huancavelica, en una

quinta de la calle Belén, hoy prolongación jirón de la Unión, en el local de la Santa Inquisición ubicado en la Plaza del Congreso o Plaza Bolívar, como también se le llama, y la casona morisca de la cuadra tres de la avenida Arequipa. Casi en parangón con sus traslados frecuentes de local, el nombre de su máxima instancia jurisdiccional cambió también reiteradamente; así, se llamó primero Consejo Supremo de Guerra y Marina y luego Consejo de Oficiales Generales, Consejo Supremo de Justicia Militar, hasta arribar a Fuero Militar Policial, como se llama hoy.

Si bien es cierto que muchos de sus presidentes informaron en sus memorias sobre la falta de un local adecuado para el Consejo y dejaron sentadas sus preocupaciones, diríamos que tres de ellos se distinguieron por su especial empeño. El General de Brigada Carlos Isaac Galindo, en los años de 1917 y 1920, cuando el Consejo de Oficiales Generales se trasladó a la calle de Ortiz y después a la calle Belén; el General de Brigada Reynaldo Enríquez Quesada, entre 1964 y 1965, para que el Consejo Supremo de Justicia Militar se estableciera en la avenida Arequipa 310; y el General de División Guido Guevara Guerra, cuando entre 1995 y 1998 logró que se construyera el edificio que hoy ocupa el Fuero Militar Policial en la avenida Arenales 321, asentando sus reales, ¿definitivamente?, en Santa Beatriz.

■ Miscelánea

CRÍMENES CONTRA EL LENGUAJE

General PNP Jorge López Zapata¹

En nuestra vida cotidiana, y muy especialmente en el ejercicio de nuestra profesión de Abogado, es muy común que incurramos en errores gramaticales o usemos términos o palabras, dándole un significado muy distinto del que les corresponde según la definición que les da el Diccionario que la Real Academia, que se edita con cierta periodicidad; agregando nuevas palabras con su respectivos significados y suprimiendo otras que entran en desuso, y sin afán ni deseo de criticar, el suscrito, más por aficionado que por erudito, se ha permitido recopilar algunas palabras cuyo uso no es el más adecuado, lo cual desdice de nuestra condición de letrados o Abogados, que es EL TÍTULO QUE NOS OTORGA LA NACIÓN para nuestro ejercicio profesional; y atentando, así, contra la gramática.

Lamentablemente son varias esas palabras o términos mal empleados por nuestros ilustres colegas y, lo que es peor, tales palabras aparecen en diversas publicaciones, libros o revistas especializadas así como en recursos y escritos que formulamos al recurrir ante las autoridades

¹ Ex Procurador Público de las Fuerzas Policiales. Ex Director General de la Asesoría Jurídica del Ministerio del Interior. Ex Jefe de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de las Fuerzas Policiales. Ex Vocal Supremo y Ex Fiscal General del Tribunal Supremo Militar Policial. Actualmente, y por 5to. año consecutivo, es Presidente de la Comisión de Legislación Militar Policial del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

administrativas y judiciales, en perjuicio del prestigio de nuestra noble profesión, y hasta a veces, por adornarnos al usarlas, cambiamos el significado de lo que se quiere o pretende decir.

Si bien son muchas palabras de frecuente mal uso, he podido recopilar algunas, las que me permito ponerlas a disposición de nuestros distinguidos lectores y ojalá que de alguna manera, les permita corregirse en caso estén utilizándolos en forma inadecuada y, así, procuraremos mejorar la dicción o, por cultura general, sobre todo dada nuestra condición de **letrados**, que, por ello, debemos dar ejemplo en el manejo de una de las lenguas oficiales del Perú y de mayor uso en el país.

También, aunque no con mucha frecuencia, escuchamos a algunos colegas decir por ejemplo, **hace** cinco años **atrás** se produjo un terremoto u otro evento o episodio. Esta frase, como habrán notado nuestros notables lectores, está mal expresada ya que si decimos la palabra **hace**, estamos afirmando que el hecho sucedió en el pasado, por lo que resulta demás decir **atrás**, pues ello se sobreentiende, resultando, así como efecto, que agravia a nuestro buen hablar.

Igualmente, al referirnos a una **década** por ejemplo la correspondiente al año 1970, se mal acostumbra decir: “por la década de los 70,... o durante la época de los 40, se produjo “...“ Ambas frases están mal expresadas en singular y no en plural que es el que corresponde, ya que al decir **década**, nos estamos refiriendo a 10 años, correspondiendo entonces decir: **cincuentas, o setentas o noventas, etc.** Entonces se habría incurrido en otro vicio o error al usar el singular y no el plural, como corresponde a los 10 años.

Lo mismo sucede con dos adverbios que se usan comúnmente, aunque, generalmente mal empleados. Se trata de los adverbios **medio** y **demasiado**, que no tienen femenino y los mal usan cuando, por ejemplo dicen “son medias locas”, cuando lo correcto es decir “son **medio** locas”; o igual cuando usan “**demasiado**” que tampoco tiene plural ni femenino, y dicen, por ejemplo, “son demasiadas tontas”, cuando lo correcto es afirmar que son **demasiado** tontas; sin “s” en ambos casos, porque, insisto, estos adverbios se utilizan para referirse a ambos géneros y número (singular y plural).

Asimismo, en varias ocasiones hemos escuchado a algún orador, que haciendo referencia a su persona, se alude como “**el suscrito que habla...**” esta frase, como se puede apreciar, está mal empleada, ya que, conforme a nuestro idioma el castellano **suscribir** –valga la redundancia– es el que suscribe o firma algún documento y no se refiere al ora-

dor, el mismo que, en todo caso podría decir “**quien les habla**”, “**el que os habla**” u otra frase similar, pero no “**suscrito**”.

También resulta un error que al hacer referencia o mención de un varón que habla varios idiomas, digamos “**políglota**” con “**a final**”, lo cual constituye, igualmente un error pues esta palabra tiene masculino y femenino, por lo que al referirnos al varón multilingüe debemos emplear la palabra “**polígloto**”, (con o) y al hacer referencia a una dama corresponde usar la palabra “**políglota**” conforme manda la Real Academia de la Lengua.

Igual sucede cuando en un recurso, al dirigirnos a quien ejerce la Judicatura, pongamos **Señor Juez**, sin importarnos el sexo de quien ejerce el cargo, siendo lo correcto que si se trata de una dama se emplee “**señora jueza**”, pero por la fuerza de la costumbre o por desconocimiento, ponemos la palabra “**juez**” para ambos casos.

Sobre el mismo particular, a continuación les contaré que hace un par de meses, revisando algunas obras de Quevedo, me sorprendí al leer la palabra **huésped**, y en la idea de que podía tratarse de un mal empleo de la palabra o, en todo caso, obedecer a un error de imprenta o a un arcaísmo, consulté al DRAE y, ante mi sorpresa, comprobé que en efecto, la palabra en cuestión, tiene masculino y femenino, esto es, **huésped** para el varón y **huésped** para la dama, resultando así que yo había estado equivocado.

Igualmente y no obstante que la tantas veces mencionada Real Academia se ha pronunciado mediante un comunicado, Aviso o Correspondencia, se acostumbra, al poner la fecha antes del año al que se refiere la misiva o comunicación, se use la palabra **Del**, antes del año del que se trata, siendo lo correcto **de 2015**; como antes cuando se hacía referencia a los años de 1900, 1800, etc.; y sin embargo los diarios capitalinos más importantes dan mal ejemplo al poner **del 2015** y no **de 2015**, que es la forma correcta.

A veces, también, se nos ocurre usar el latinazgo **de motu proprio**, cuando en realidad el término latino es **motu proprio**, si, con “**r**” antes de la “**i**” y que significa voluntariamente, de propia y libre voluntad.

Asimismo algunas personas dicen y/o escriben **preveer**, sí, con doble “**e**”, cuando realmente la palabra correcta es **prever**, con una sola “**e**”, y que significa ver con anticipación, confundiéndola, al parecer por la fonética, con la palabra proveer, que nada tiene que ver en éste asunto.

Coincidentemente y en relación al asunto de que tratamos, encontrándome hace pocos meses en la ciudad de la eterna primavera, nuestra entrañable Trujillo, leí, de manera casual, un artículo bastante corto pero importante creo yo, escrito por el docente universitario Ricardo Vera Leiva, publicado en el diario “La Industria”, intitulado “**Tres tildes innecesarias y un acento dislocado**”, refiriéndose, al efecto, a la obra del maestro colombiano Fernando Ávila quien afirma que en sus “ya muchos años dedicados a la redacción en aulas universitarias y en impresos comerciales ha encontrado” “que el problema neurálgico de la ortografía española es la tilde” y el autor del artículo hace la precisión que los cuatro casos que él propone “parecen darle la razón al destacado docente colombiano”.

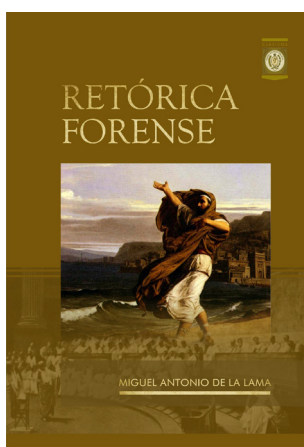
Al efecto, el primer caso es el de la palabra **insanía** (con tilde en la í) y no **insania** que es la forma correcta y que significa locura, privación del juicio.

Lo mismo sucede con la palabra **vesanía**, palabra inexistente, en lugar de la correcta, esto es **vesania**, sin tilde, que significa **demencia, locura, furia**.

Luego el tercer caso corresponde a la palabra **interín** en reemplazo de ínterin, cuyo significado es **entretanto**; y, finalmente la palabra **estadio**, con esa tilde innecesaria y artificial, ya que la palabra correcta es **estadio**, sin tilde, que según el autor es en referencia al periodo o fase del proceso.

Bueno, mis queridos lectores, espero que les haya interesado el contenido del presente artículo; y, de ser así, les prometo que para el próximo número continuaré con algunos términos o palabras que, lamentablemente, son de mal uso por quien las habla o las escribe. Hasta pronto...

PRESENTACIÓN DEL LIBRO RETÓRICA FORENSE,



EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Organizada por la Asociación Civil “Ius et Veritas”, la presentación del libro “Retórica Forense” se llevó a cabo en el auditorio de la Facultad de Derecho de la PUCP, con los comentarios de los profesores de esta casa de estudios, los doctores José Galvez Montero y César Fernández Arce.

Previamente se presentó una conferencia magistral sobre la actualidad de la Jurisdicción Militar Policial a cargo del Contralmirante CJ Julio Pacheco Gaige, Director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, órgano académico del Fuero Militar Policial.

La obra “Retórica Forense” del insigne jurista Don Miguel Antonio de la Lama Urriola, es considerada un clásico de la biblioteca del derecho

peruano y consiste principalmente en una guía metodológica para desarrollar y construir el discurso forense. Constituye un tratado especializado que orienta a los abogados en la elaboración de escritos judiciales y a expresarse en forma apropiada y acertada durante todo el desempeño de su carrera, especialmente en los procesos que deben afrontar como hombres y mujeres de leyes.

La obra ha sido reeditada después de muchos años por el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, hecho que mereció un reconocimiento especial por parte del Decano de la facultad de Derecho de la PUCP, Dr. Alfredo Villavicencio, quien relievó el empeño editorial del Fuero Militar Policial al poner este libro al alcance de la comunidad académica y de los abogados en general.



De izquierda a derecha, Dr. César Fernández Arce, profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP; Gral. Brig. EP (R) Juan Pablo Ramos Espinoza, Presidente del Fuero Militar Policial; Dr. Alfredo Villavicencio, Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP, Contralmirante CJ Julio Pacheco Gaige, Director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar y Dr. José Galvez Montero, profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP, durante la presentación del libro “Retórica Forense”.

COMENTARIO DEL DR. CÉSAR ERNESTO FERNÁNDEZ ARCE DURANTE LA PRESENTACIÓN DEL LIBRO “RETÓRICA FORENSE”¹

Sean estas mis primeras palabras para agradecer a las dignas autoridades del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, la invitación que me ha sido hecha para participar en este importante evento, donde se rinde justo homenaje al Primer Fiscal Supremo del Consejo Supremo de Guerra y Marina y del Consejo de Oficiales Generales, desde 1879 en que juramentó, hasta el año de 1912, en que falleció, don Miguel Antonio de la Lama y que, como dijera el Dr. Manuel Augusto Olaechea con motivo de sus exequias, “que este maestro será recordado, fundamentalmente, como un editor y anotador de Códigos, quien bajo una modesta apariencia, estaba un gran hombre de derecho, que ocultaba un inmenso caudal de conocimientos y facilidades apostadas al ejercicio de la defensa y la administración de justicia. Sus trabajos numerosos que fueron de gran calidad, han sido considerados como verdaderos breviarios para el uso de abogados de la segunda mitad del Siglo XIX e inicios del XX; fue un jurista práctico por excelencia,

1 El Dr. César E. Fernández Arce es profesor de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, experto en Derecho sucesorio, materia sobre la que ha realizado publicaciones. Ha sido Vocal de Corte Suprema de Justicia y Presidente, en dos oportunidades, del Poder Judicial. Congresista de la República, con participación activa en la elaboración de la Constitución Política de 1993. Fue Vicepresidente de la Comisión Revisora del Código Civil vigente, entre muchas otras actividades profesionales.

aclaraba el auténtico sentido interpretativo de la norma y por tal motivo, en la Revista Variedades, año VII N° 232, Lima 10 de agosto de 19..., página 960, se le consignaba como “un especie de viviente libro de consulta para todos los casos oscuros”.

Mi gratitud por la invitación para rendir público homenaje a una extraordinaria personalidad no sólo por el valor inconmensurable de su obra, sino porque siempre puso de manifiesto en su vida, tanto pública como privada, su espíritu católico que sirve de ejemplo, porque dio abierto testimonio de sus valores religiosos y éticos en la vida del abogado. Supo amar como ama el católico y lo traduce en el servicio permanente y desinteresado a la comunidad a través de la justicia, valor moral inalienable, insustituible e imprescriptible en la vida de los pueblos, que no se compra ni se vende ni se regala, se la da a quien lo merece por sus actos, porque no es una mercancía; es el resultado de vivir honestamente, respetando y haciendo respetar la dignidad de la persona humana, dotada como está de razón y de libertad, raíz de su grandeza. Sólo así es posible realizar la promoción social sin distingo alguno y la obtención de la paz que anhelamos desde lo más recóndito de nuestro ser.

El Dr. Carlos Ramos Núñez en su obra Historia del Derecho Civil Peruano, siglos XIX y XX sobre “abogados y exégetas”, lo considera como un jurista mediático, maestro práctico de una generación que ha dejado huella en el campo del Derecho, y un gran anotador de Códigos. La docencia universitaria y la magistratura formaron parte de su vida cotidiana. Fue autor, entre muchísimas obras de diferente naturaleza y contenido, su obra “Retórica Forense”, publicada en 1896 y dice en su presentación lo siguiente:

“Noble y altamente humanista es la Misión del Abogado: penetrar en las escabrosidades de la Ciencia hasta sorprender sus secretos; servirse de estos como de un escalpelo, para descubrir entre las oscuridades y contradicciones de la ley escrita, la verdadera intención del Legislador y esforzarse en patentizar está a los ojos del juez; sin otro móvil que el tiempo de la justicia hermanada con la equidad; ni otro fin que la invulnerabilidad de la fortuna, de la vida y de la honra contra los ataques de la imprevisión, la ignorancia o la malicia.

El título de la obra materia de esta exposición, resulta aparentemente superfluo frente a la problemática del Derecho como ciencia y como objeto de la justicia. Sin embargo, no lo es. “Retórica Forense” ¿Qué pretende su autor don Miguel Antonio de la Lama en esta importante obra?

Resulta indudable que las dotes intelectuales y las cualidades morales de los abogados son en todo tiempo y lugar notas esenciales para el desempeño exitoso de la profesión. La calidad intelectual del abogado resulta importante más su comportamiento honesto marcan la diferencia.

La oratoria es también muy importante. La preparación del discurso, la forma como deben presentarse los casos en los tribunales de justicia, y por eso, que Retórica Forense es como un “Manual de litigación oral”.

La redactaría que explica cómo formular los escritos y los temas sobre el tratamiento de la elocuencia, son otro, de los acápites de esta obra; expone forma de modelos, textos de alegatos de defensa pronunciados por el Dr. Luciano Benjamín Cisneros a favor del Capitán de Navío Miguel María Grau Seminario en 1867 y también la efectuada a favor del Capitán de Navío Manuel Antonio Villavicencio en 1880.

La elocuencia es factor importante para convencer. Debe ser una manera perfecta de hablar, acomodada completamente al objeto que se propone el que habla para convencer, para persuadir, porque el convencimiento determina el juicio y la persuasión determina la voluntad, que es lo que se llama elocuencia.

En la voz elocuencia, se comprende, el ejercicio de esa facultad o don natural; o sea la fuerza y eficacia de expresión para conmover, convencer y persuadir.

La obra que hoy comentaremos contiene tres partes, un apéndice y varios modelos de redacción, todos muy interesantes pero no es posible hacer una exposición y análisis de cada uno de ellos por su latitud y porque no es mi voluntad afectar, en modo alguno, la paciencia de este ilustre auditorio.

En su parte primera sobre la abogacía, considera que es una profesión noble y altamente humanitaria. Es excelsa y tiene prerrogativas. Le corresponde inicialmente, señala, penetrar y descubrir entre las oscuridades y contracciones de la ley escrita, la verdadera intención del legislador y después esforzarse en patentizar ésta a los ojos del juez, sin otro móvil que el triunfo de la justicia hermanada con la equidad, ni otro fin de la invulnerabilidad de la fortuna, de la vida y de la honra contra los ataques de la imprevisión, la ignorancia o la maldad. Se pregunta ¿Qué hay más elevado y noble que la profesión de la Abogacía? Contestará que la profesión de jurisprudencia, porque busca el triunfo de la justicia a través de una lucha inagotable hasta conseguirlo, muchas

veces con angustia y los afanes propios del litigante; es el depositario de los secretos más recónditos de éstos. La profesión de la jurisprudencia es de las más heroicas ocupaciones que hay en la República, de modo que no sin razón, afirma, fueron siempre sus profesores los más dignos del aprecio de los pueblos. Ellos son los que con sus sanos consejos previenen el mal de la tribulación, los que con rectas decisiones apagan el fuego de las ya encendidas discordias, los que velan sobre el sosiego público; de ellos pende el consuelo de los miserables: pobres, viudas y huérfanos hayan contra la opresión, alivio en sus arbitrios: sus casas son templos donde se adora a la justicia: sus estudios, santuarios de paz; sus bocas, oráculos de las leyes: su ciencia, brazos de los oprimidos. Por ellos cada uno tiene lo suyo y recupera lo perdido: a sus voces huye la iniquidad, se descubre la mentira, rompe el velo de la falsedad, se destierra el vicio y tiene seguro apoyo la virtud.

Muchas de sus afirmaciones son ciertas, pero algunas exageradas en mi opinión. Todas las profesiones son dignas y excelsas cuando quienes las desempeñan lo hacen honestamente. La dignidad de la profesión proviene del ejercicio honesto por personas de integridad moral. ¿Acaso por ejemplo el médico no resulta indispensable en la sociedad? ¿Y el ingeniero agrónomo que facilita el cultivo de las semillas que alimentan al hombre? ¿Y el ingeniero que construye viviendas?, etc. Si hubiera que elegir a alguna de ellas por encima de las demás, creo que sería la del sacerdocio que deja todo, que renuncia a todo buscando la felicidad de los demás, a través del mensaje de amor y de paz fundada en la palabra del Evangelio.

En los Estudios de los profesionales no se adora a la justicia. Se rinde culto a la justicia, porque la justicia es una virtud, no es un ser objeto susceptible de adoración.

Este notable personaje en su obra *Elementos de Teoría del enjuiciamiento y Práctica Forense Peruana*, Lima 1879 Edit. Librería Universal de D. Benito. Pág. 7, dice a los practicantes de Derecho, “No creáis que el estudio de la Práctica forense se reduce a conocer las disposiciones contenidas en estos Elementos o en otro cualquier curso de los que se han escrito en la República sobre el particular: todos ellos son menos epítomes, más o menos apropiados al primer aprendizaje de una materia tan vasta. “Epitoma”, según la Real Academia de la Lengua, significa resumen de una obra extensa que expone lo fundamental o preciso de la materia tratada en ella. También es una figura que consiste después de dichas muchas palabras, en repartir las primeras para mayor claridad.

La práctica Forense es una de las ramas de la Jurisprudencia que demanda más tiempo y contracción, a causa de la multiplicada variedad de las instituciones y diligencias judiciales; pues es indispensable conocer cada una de éstas, no sólo en sus más minuciosos detalles, sí que principalmente en su razón de existencia y en su origen histórico –cada artículo de un Código cualquiera es una “conclusión” y sin la **estrella fija de la ciencia** no podemos descubrir las premisas que de ella se desprenden, en cuyo caso, **las leyes se presentan a la inteligencia como hechos y no como ideas que se conocen sólo de vista** y se ausentan de la memoria con la mayor facilidad.

Por otra parte, hay casos en que la ciencia no justifica suficientemente la existencia de una ley; y es necesario que la Historia nos revele los acontecimientos que influyeron en el ánimo del legislador para explicarla.

Una ley no es conocida si no se estudia bajo su triple aspecto: **filosófico, histórico y positivo**; y las leyes son el enjuiciamiento más que otra alguna, deben ser expuestas con todo el esplendor que proyecta la Ciencia y toda la ilustración que suministra la Historia para que el entendimiento de los jóvenes no sufra una transmisión brusca al pasar de las simpáticas teorías del Derecho al ingreso y pesado estudio de la Práctica.

Concluye afirmando que una obra fundamental de Práctica Forense Peruana debe contener, la exposición de los principios absolutos en que reposa la recta administración de justicia; la aplicación que han recibido en la diversidad de naciones y épocas, puntualizando las causas que han retardado o han contrariado su adopción y la descripción de las instituciones y actos judiciales determinados en nuestra legislación, manifestando su origen y desarrollo y la relación en que se encuentran con las condiciones especiales del país.

Este autor, al ocuparse de los dotes intelectuales del Abogado, en el capítulo 20, considera que **si el Abogado** debe posesionarse de la verdad, apasionarse de la justicia, luchar por ambos, atacando y defendiendo y convencer y persuadir a los jueces, **resulta incuestionable** que necesita tener **viveza de ingenio, perspicacia y facilidad en penetrar y concebir, despejo de inteligencia para producir y comunicar las ideas, y cuantas dotes intelectuales haya concebido el Creador –Dios– a los seres más privilegiados**; pero basta a nuestro criterio ocuparnos –dirá– de las 4 principales: a) memoria, b) raciocinio, c) reflexión, d) imaginación.

En el capítulo 3º, al referirse a la Instrucción del Abogado, afirma también, recordando a Cicerón y Quintiliano, que el orador debe estar instruido en todas las ciencias y artes porque no siempre estriba la dificultad de un pleito en la aplicación de una disposición legal, sino que, muchas veces, no puede resolverse sin el auxilio de los conocimientos propios de otras ciencias y aún de un arte mecánico. D'Aqueseau agrega: el Abogado que crea que puede ceñir su ciencia a límites determinados, no tiene una idea exacta de su profesión.

Se pregunta: ¿Qué es el Derecho Positivo? Es la ciencia propia, elemental y muy necesaria del Abogado dado que las leyes son sus armas de combate. Debe conocer las leyes y el caso del litigio. Pero no basta, necesita además, “comprender su filosofía, los motivos que los produjeron, su espíritu y su marcada tendencia” porque sólo, así, podrá penetrar en el intrincado laberinto a través del cual se busca la oportunidad y la justicia de aplicación.

En el capítulo IV, que es el último que tocaremos, expone las cualidades morales que debe tener el Abogado:

- a) *Honradez*. El abogado venal y corruptible no es digno de confianza ni aún para los pícaros. La traición está a la puerta de cada hora. Es como la veleta que gira por donde sopla el viento.
- b) *La circunspección*: lo esencial de esta cualidad es el secreto profesional. Es la primera ley de sus funciones y si la infringe prevalece.
- c) *El secreto profesional* que obliga o no revelarlo a nadie.
- d) *Amor apasionado por la justicia*: lo conforta para luchar denodadamente. Perseguir con indignación el dolo, la iniquidad y la cobardía.
- e) *El abogado, debe encargarse de la defensa de los acusados aunque para él sea cierta la culpabilidad*.
- f) *No mentir, no engañar, defender con la verdad*.
- g) *Firmeza inquebrantable de carácter*. El abogado antes de hacerse cargo de una causa, debe convencerse de su justicia, pero una vez penetrado de este convencimiento, ningún respeto humano debe arredrarlo para dejar de emplear todos los medios legales de defensa.

No deben acercarse al Foro las almas débiles y egoístas, que ocupados de su propia seguridad, rehúsan exponerse a los sinsabores

y aún a las persecuciones que muchas veces resultan de haber defendido la justicia con celo y voluntad.

- h) *Gran amor al estudio y al trabajo.* Debe complacerse y deleitarse en él y que su afición venza el cansancio que naturalmente causa la aridez y complicación de la Ciencia Legislativa.

“Cuanto más nos separemos del trabajo, tanto más nos alejaremos de la gloria”, sentenciará este maestro.

- i) *Veracidad.* Quien se ve precedido en el Foro de una reputación de recto y veraz, bien sentada presta a la causa que defiende la presunción de ser justa y en sus discursos la de que expresan es la verdad.

Por el contrario, los jueces se previenen muy pronto contra los impostores y los escuchan con recelo temiendo que les tiendan una red de engaño y seducción. Aun cuando digan la verdad, no son oídos sino con desconfianza, y sus demostraciones más acabados quedan siempre en la línea de los problemas. La veracidad es una nota importante de la integridad del abogado.

- j) *Cultura.* Las personas son extrañas a las cuestiones. Lo que más desdice de esta cualidad son las alabanzas y vituperios personales. El caso, la ley, los principios y su aplicación. Este es todo lo que debe formar el círculo de una defensa; se trata de las cuestiones y no de las personas y no deben nunca mezclarse ni confundirse.

- k) *Prudencia.* El abogado no debe recibir más de aquellas que puede cómodamente despachar porque se corren muchos riesgos, el de admitir causas conocidamente injustas: este es el escollo de las mayores reputaciones. Al ruido de su renombre acuden clientes de todas partes. El abogado no tiene bastantes manos para escribir y el trabajo siempre apresurado e irreflexivo descubre la precipitación y la ansiedad con que se trazó.

El trabajo de prisa cuesta desengaños y dolores. Obliga a pasar por la mortificación del amor propio.

Una integridad ética de base religiosa, pero asociada con la dignidad de los abogados de la época clásica, se adivina en el pensamiento de nuestro homenajeado, según el historiador Ramos. Hacia 1879, en el proemio de uno de sus trabajos más exitosos, los “Elementos de Teoría del Enjuiciamiento y Práctica Forense Peruano”, el entonces profesor de esa asignatura en la Facultad de Jurisprudencia de San Marcos, aconsejaba a los jóvenes practicantes de abogacía a continuar estudiando

después de recibir el título de abogado, teniendo por norte los severos preceptos de la Religión, de la Moral y de la Urbanidad, para no sacrificar la reputación, ni los bien entendidos intereses de los clientes, ni el buen nombre de la Patria y asimismo, en los fallos de los tribunales y en las defensas de los abogados, buscar qué aprender y no criticar, aplaudir lo bueno y respetar la opinión de los que tienen motivo para saber más que nosotros.

Miguel Antonio de la Lama fue un jurista mediático, pero sobre todo un maestro que enseñó con su obra, con su ejemplo y con sus lecciones magistrales, el valor de la justicia y el rol del abogado en la sociedad.

El maestro no ha muerto, vive en el recuerdo de quienes siguen aprendiendo sus lecciones recibidas. Amó la justicia, amó la verdad, la integridad moral y sirvió a la comunidad enseñando desinteresadamente.

Como mensaje final creo que él suscribiría, como yo, lo siguiente:

- La justicia sin verdad es iniquidad.
- La justicia sin honestidad es una farsa.
- La justicia sin compasión es crueldad.
- La justicia sin independencia es servilismo.
- La justicia sin firmeza es cobardía.

COMENTARIO DEL DR. JOSÉ GÁLVEZ MONTERO DURANTE LA PRESENTACIÓN DEL LIBRO “RETÓRICA FORENSE”¹

Señor Presidente del Tribunal Supremo Militar Policial, general EP en situación de retiro Juan Pablo Ramos Espinoza, señor Decano de la Facultad de Derecho Doctor Alfredo Villavicencio Ríos, señor Doctor César Fernández Arce, catedrático de la Facultad de Derecho, señores vocales supremos del Tribunal Supremo Militar Policial, señores Oficiales Generales, señores Oficiales Superiores, distinguido público

Sean esta primeras palabras para manifestar mi agradecimiento al señor Almirante CJ Julio Pacheco Gaige y al Capitán de Navío CJ Carlos Schiaffino Cherre, Director General y Director Académico, respectivamente, del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar (CAEJM), por la gentil invitación para participar en la presentación del libro RETÓRICA FORENSE, del jurista Miguel Antonio de la Lama Urriola, cuya primera edición fue en el año de 1896 y el CAEJM ha decidido reeditarla en el presente año 2015, sobre todo, en reconocimiento de haberse desempeñado como Fiscal del entonces Consejo de Guerra y Marina, entre los años 1898 a 1912.

1 El Dr. José Gálvez Montero es profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es autor de varios libros, especialmente relacionados con el Derecho Constitucional y la Historia del Derecho. Fue director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar.

En él se conjugan no sólo labores en la justicia castrense sino otras relacionadas con el quehacer de jurista, litigante y periodista prolífico. Nacido en 1839 y fallecido en 1912 en la ciudad de Lima, a Miguel Antonio de la Lama lo conocemos por sus comentarios al Código Civil de 1852 y al Reglamento de Tribunales, alternando en la dirección de la Gaceta Judicial, tercera versión, órgano del Colegio de Abogados de Lima.

Podemos afirmar, parafraseando a un contemporáneo suyo Manuel Gonzales Prada, autor del Discurso del Politeama en Páginas Libres, que de la Lama fue versátil en el ejercicio de la profesión y en la labor que desempeñase, donde solía destacar. Aspecto que resalta su biógrafo, el señor Contralmirante CJ Hernán Ponce Monge, Fiscal Supremo Militar, al retomar un pasaje de su vida profesional ocurrido en el mes de octubre de 1880, cuando en plena Guerra con Chile, de la Lama patrocina la defensa del señor Capitán de Navío Manuel Antonio Villavisencio, entonces Comandante de la Corbeta “Unión” en 1880, ante el Consejo de Oficiales Generales, a quien se le acusó por desobediencia militar. En esa oportunidad el defensor sostuvo que: “El Abogado que defiende con la Ley no debe tener más mira que convencer a los Jueces de la inculpabilidad del acusado, y mucho más obligado se halla a proceder de esta manera, sí, por fin de fines, este es un hombre como el Comandante Villavisencio, cuyos hechos ilustran la presente epopeya de la guerra (del Pacífico), y para quien se abre el gran libro de la Historia. Fallaréis señores, no lo dudo, conforme a los principios de justicia, a las inspiraciones de vuestro patriotismo y al voto popular». Proceso que culminó con la absolución de su defendido.

Años después llegaría a ser el primer Fiscal Supremo Militar Policial (entre el 17 de marzo de 1899 hasta el año de 1912, falleciendo en ejercicio del cargo) cumpliendo un papel fundamental en la persecución del delito, actuación que contribuyó a sentar las bases de la Fiscalía Militar Policial como lo ha sostenido el señor Contralmirante Hernán Ponce Monge, Fiscal General.

Ahora pasemos revista a la obra Retórica Forense que hoy presentamos y cuya primera finalidad es rescatar su contribución a la memoria colectiva de textos considerados emblemáticos de la tradición jurídica peruana, y que han destacado en cultivar la deontología forense, pilar en nuestro ejercicio profesional y rescatando de esta manera el pensamiento de este insigne letrado egresado de la llamada Universidad de Lima, como era conocida la Universidad de San Marcos.

En la Parte Primera, titulada: Abogado, de la Lama hace alusión al carácter de la profesión de abogado, donde concurren no sólo ser litigante sino, además, versado en el derecho que se encarga de ilustrar a los jueces para que sus sentencias sean más justas:

«Noble y altamente humanitaria es la misión del abogado; penetrar en las escabrosidades de la Ciencia hasta sorprender sus secretos; servirse de estos, como de un escalpelo, para descubrir, entre las oscuridades y contradicciones de la ley escrita, la verdadera intención del legislador y esforzarse en patentizar esta a los ojos del juez (...); sin otro móvil que el triunfo de la justicia hermanada con la equidad, ni otro fin que la invulnerabilidad de la fortuna, de la vida y de la honra contra los ataques de la imprevisión, la ignorancia o la malicia.»

Acciones que van decantando el perfil de abogado y a la cual se suman las dotes intelectuales, la instrucción (conocimiento) y cualidades morales que acompañan al letrado, donde destacan la honradez, la circunspección y la verdad, las que refuerzan la labor de aquellos que con justicia y razón apuestan por una vida mejor.

La segunda parte de Retórica Forense va dirigida al repaso de mecanismo o instrumentos que colaboran con el abogado, poniéndolos en práctica, para persuadir a los jueces por medio de la palabra, dotándola de razón y verdad. Oratoria a la cual se suman las dotes físicas, el ánimo, la preparación y construcción del discurso, su estilo así como la improvisación. Para este último punto, nuestro autor cita al abad Mr. Bautain, cuyos consejos son extraídos del libro: El arte de hablar en público, publicado en la ciudad de Barcelona en 1857.

La tercera parte se denomina Redactoria y está orientada a la elocuencia de los escritos para el juicio civil como para el penal, donde de la Lama destaca al momento de la contestación el rol del abogado al encarnar o personificar a su cliente. De esta manera: “[...] creerse animado con sus mismos intereses y de sus mismos afectos” Demanda con suma sencillez y naturalidad y contesta con tinte de sorpresa, de la extrañeza o de irritación que le puede haber causado la demanda”. Esta secuencia está acompañada, además, para el juicio civil de la réplica y dúplica, los interrogatorios, los alegatos y los recursos. Para el de materia penal destaca la querella, la acusación y la defensa.

En el apéndice destacan:

Las cualidades de la elocución: Verdad, pureza, propiedad, [h] armonía, honestidad, claridad, precisión, unidad en la variedad, oportunidad, naturalidad y originalidad.

de la Lama incorpora en esta sección los consejos en materia forense de Pedro Sainz de Andino, Jurista reputado y cortesano del rey español Fernando VII, autor del Código de Comercio español de 1829.

Finalmente, nuestro autor hace uso de cinco casos emblemáticos, conocidos públicamente en su época para mostrar que el derecho no solo es legalidad sino que concurren en su complementariedad otros factores como los casuísticos, los mismos que paso a enunciar:

De Divorcio de la condesa de Mirabeau iniciado por su marido, el conde Mirabeau, ante el Parlamento de Provence. (1788).

De defensa de la viuda del mariscal Brune contra los asesinos de su esposo.

De parricidio y adulterio contra la esposa de Francisco del Castillo.

De desobediencia militar del comandante de la Corbeta Unión Manuel Villavicencio,

De insubordinación, rebelión y traición a la patria del comandante de la Corbeta Unión Miguel Grau Seminario.

Éste último motivó curiosidad al tratarse del futuro héroe de la Guerra del Pacífico, siendo su abogado defensor el doctor Luciano Benjamín Cisneros, diputado por Huánuco en 1859.

Era el año de 1867 y el coronel Mariano Ignacio Prado se desempeñaba como Presidente de la República. En su calidad de Jefe de los Ejércitos había contratado los servicios del Comodoro norteamericano John R. Tucker, para ocupar el cargo de Jefe de la escuadra peruana, que se encontraba al ancla en la bahía de Valparaíso (Chile), hecho que generó comentarios de la oficialidad, entre los que se hallaba Grau, acusándolos de insubordinación.

El nombramiento de Tucker no fue debidamente comunicado a los marinos peruanos, por lo que desconocían que el Comandante Lizardo Montero había quedado separado del cargo, pues no habían realizado la transmisión del cargo respectivo y, por ende, no existía la orden para que los marinos fuesen compelidos a obedecer a Tucker; hecho que demuestra que la insubordinación no está expresamente probada.

Al haberse producido los cambios en el comando de los buques, los marinos destacados en Chile acompañaron al Ministro de Hacienda hasta el Callao, “como improvisada escolta de honor”, no pudiendo ser considerados como jefes insubordinados, sino leales y obedientes al mandato supremo. Con lo cual, quedaba desechada la presunta rebelión que la fiscalía quiso demostrar, siendo todo lo contrario.

Finalmente, la traición a la patria, un delito en sí mismo humillante y lesivo al honor militar y que por simple acusación del gobierno de entonces, la fiscalía militar debía proceder. No hay duda, que fue un tema manejado políticamente cuyas implicancias no eran claras, pues su fundamento estaba basado en conjeturas.

Fiel a la usanza de la época y con los dotes de la oratoria, Luciano Benjamín Cisneros logró sensibilizar a los magistrados militares del Consejo de Guerra, técnica cuyo uso en la actualidad sería discutible:

“Cumplidlo, pues, venerables ancianos, con valor y con firmeza; cumplidlo con austeridad espartana; que si sobre vuestra conciencia está el ojo de Dios; dirigiéndola y escudriñándola, de vuestro lado están la ley y la justicia, los amantes del honor, los hombres de corazón, el país entero

El Excelentísimo Consejo pronunció sentencia absolviendo al Capitán de Navío Miguel Grau y demás enjuiciados”.

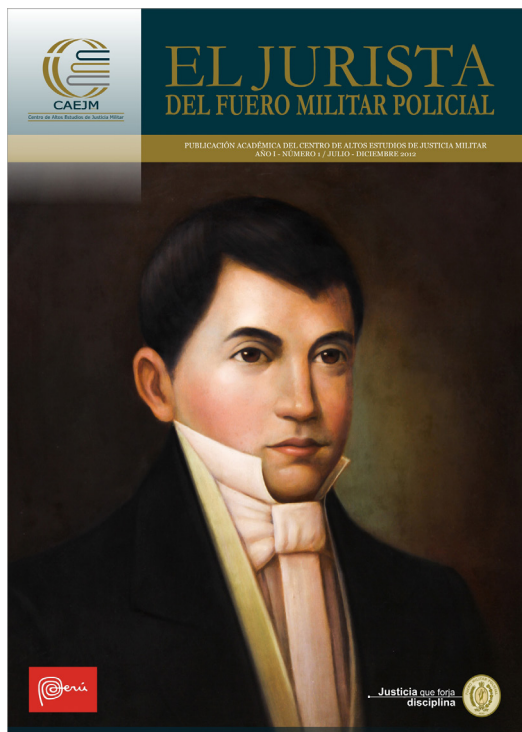
Muchas Gracias.

PUBLICACIONES DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

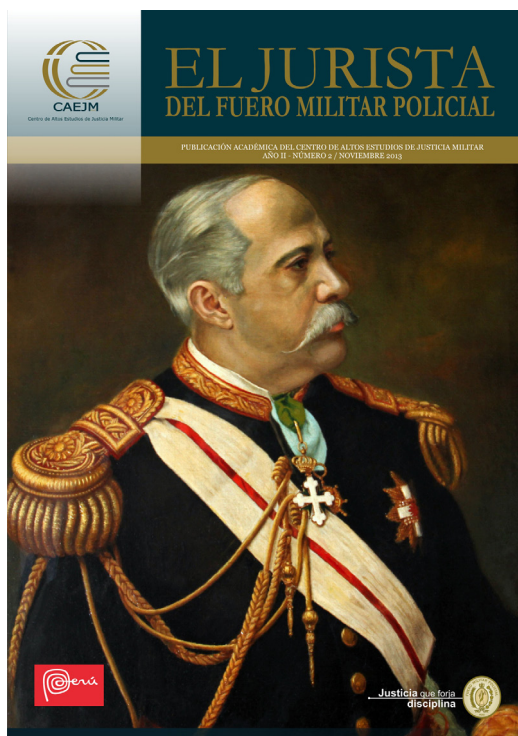
Hemos creído conveniente, recordarles a nuestros lectores, que el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, cumpliendo una de sus varias obligaciones, ha venido publicando, puntual y sostenidamente, la revista “El Jurista del Fuero Militar Policial”, de forma que el número que el lector tiene hoy en sus manos es el quinto. Publicamos nuestro primer número en diciembre de 2012, el segundo en noviembre de 2013, los números 3 y 4 en agosto y diciembre de 2014, respectivamente; además, la acogida que han tenido nuestras publicaciones, nos han obligado a encargar un segundo tiraje de los números 1 y 2.

En el mes de octubre de 2014, el Centro, ha reimpreso, con la debida autorización, el libro del Coronel Hernán Monsante Rubio: “Fuerzas Morales Militares”, por considerarlo un libro de singular valor para afianzar el comportamiento ético y ajustado a valores de militares, policías y personal civil del Fuero Militar Policial. Se publicó también, en el mes de octubre de 2014, el libro “Personajes de la Justicia Militar”, sobre la vida de los catorce Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, que entre el 23 de marzo de 1899 y el 31 de diciembre de 1906, integraron el Consejo Supremo de Guerra y Marina, de acuerdo con la prescripciones del Código de Justicia Militar de 1898. Esta publicación se hizo en el contexto de un reconocimiento a dichos Vocales, que propiciaron la Corte Suprema de Justicia y el Fuero Militar Policial y que dio lugar a una ceremonia formal y a la colocación de una placa recordatoria en el local del Palacio de Justicia.

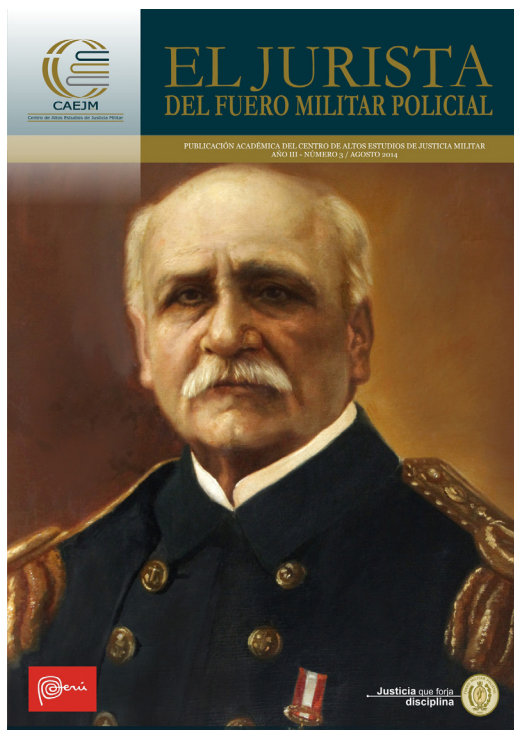
Finalmente, en este año, el Centro ha reeditado el libro “Retórica Forense”, del doctor Miguel Antonio de la Lama Urriola, primer Fiscal General de la jurisdicción militar policial, autor de muchos libros, editor de revistas, y sobre todo, gran maestro sanmarquino. Apreciemos las publicaciones del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar:



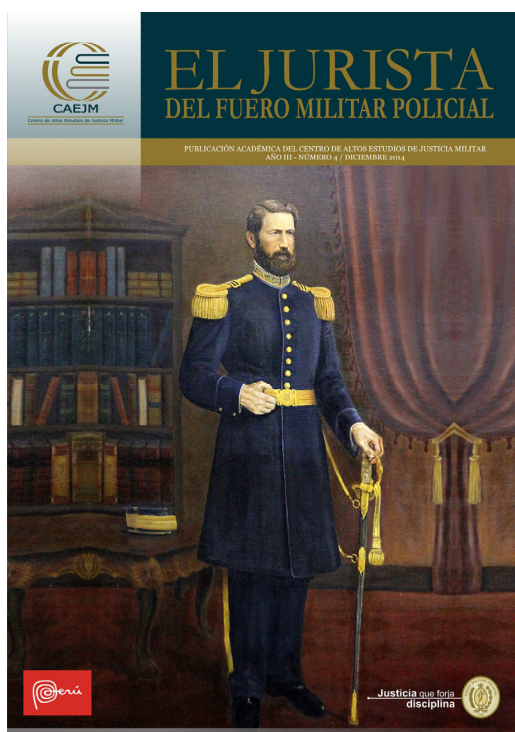
*“El Jurista del Fuero Militar Policial”. N° 1,
Primera edición, 2012.
Segunda edición, 2015.*



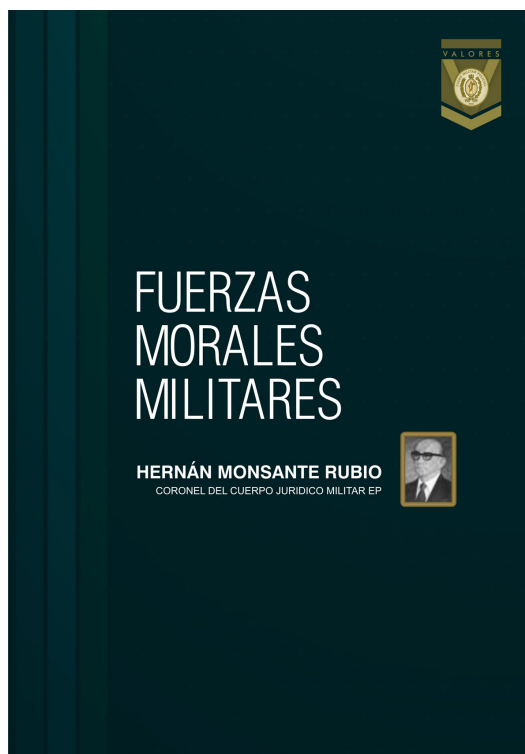
*“El Jurista del Fuero Militar Policial”. N° 2,
Primera edición, 2013.
Segunda edición, 2015.*



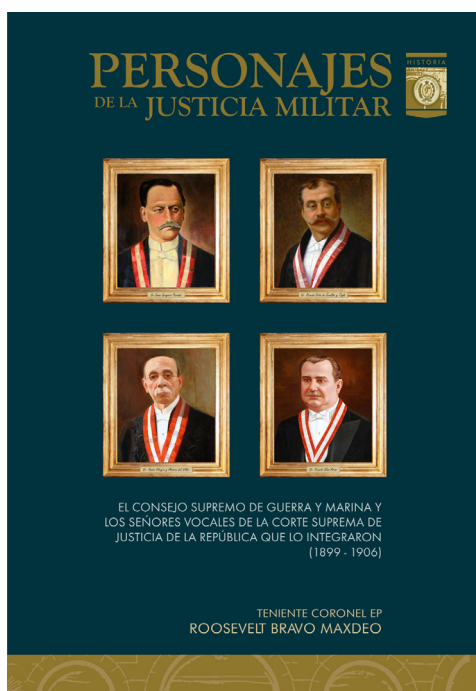
*“El Jurista del Fuero Militar Policial”. N° 3,
Primera edición, 2014.*



*“El Jurista del Fuero Militar Policial”. N° 4,
Primera edición, 2014.*



*“Fuerzas morales militares”
Hernán Monsante Rubio
Edición, 2014*



*“Personajes de la justicia militar”
Roosevelt Bravo Maxdeo
Edición, 2014*

II Foro Interamericano Sobre Justicia Militar y Derecho Operacional



CONFERENCIAS



*“Exposiciones del II Foro
Interamericano sobre
Justicia Militar y Derecho
Operacional”
Noviembre, 2014*

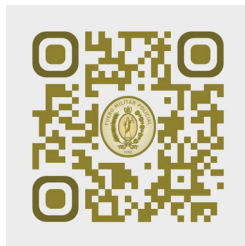
RETÓRICA FORENSE



MIGUEL ANTONIO DE LA LAMA

*“Retórica Forense”
Miguel Antonio de la Lama Urriola
Tercera edición, 2015*

Se puede acceder a la biblioteca y/o descargar las publicaciones del Fuero Militar Policial en formato digital mediante dispositivos portátiles (tablet, smartphone u otros) escaneando los siguientes códigos:



Para ingresar a la Biblioteca CAEJM-FMP
en la página web



Para ver la Biblioteca FMP en la aplicación

EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en Agosto del 2015 en

IMAGIDEAS.COM de Milagros Morales

RUC: 20524409471

Calle Pedro Murillo 1064, Pueblo Libre

Teléfono: (511) 2613558 / Cel. 987848007

E-mail: mmorales@imagideas.com.pe



TSMF DEL NORTE, CHICLAYO

Sede del Tribunal Superior Militar Policial del Norte, cuya jurisdicción abarca las regiones de Tumbes, Piura, Lambayeque, La Libertad, Cajamarca y Amazonas.

Fuero Militar Policial
Av. Arenales N° 321
Santa Beatriz
Telf. (511) 614 4747
www.fmp.gob.pe
Lima - Perú

